Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsr...


Dei
Sub Numine
Viget



Verfassungsänderungen nach Reichsrecht

von

Dr. Wilhelm Wiese

Abhandlungen

aus dem

Staats- und Verwaltungsrecht

mit Einschluss des Kolonialrechts

Herausgegeben

von

D. Dr. Siegfried Brie
ord. Professor an der Universität Breslau

Dr. Max Fleischmann
Privatdozent an der Universität Halle

---

12. Heft

Verfassungsänderungen nach Reichsrecht

von

Dr. Wilhelm Wiese

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1906

Verfassungsänderungen

nach Reichsrecht

von

Dr. Wilhelm Wiese

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1906

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Verzeichnis

Einleitung.

Der Art. 78 RV. ist bereits mehrfach besonderen Erörterungen unterzogen worden. Von den Schriften zur Zeit des Norddeutschen Bundes ist hier zu erwähnen: H. A. Zachariae „Die Verfassungsänderung nach Artikel 78 der Norddeutschen Bundesverfassung", Braunschweig 1869. Nach der Gründung des Deutschen Reiches hat sich zuerst Haenel in seinen „Studien zum Deutschen Staatsrecht", Band I „Die vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung" Leipzig 1873 in den §§ 10—14 mit dem Art. 78 RV. näher beschäftigt. In neuerer Zeit sind zwei Dissertationen über den Art. 78 RV. erschienen: Duske „Die Formen und Voraussetzungen einer Verfassungsänderung im Deutschen Reiche gegenüber einer solchen in Preußen", Erlangen 1897, und Seulen „Verfassungsänderungen nach preußischem- und Reichsrecht", Rostock 1902.

Dem Abs. 2 des Art. 78 RV. besonders gewidmet sind zwei Aufsätze in den Annalen des Deutschen Reiches, nämlich von Laband „Begriff der Sonderrechte nach Deutschem Reichsrechte" 1874 und die Entgegnung darauf von Loening „Die Sonderrechte der Deutschen Staaten und die Reichsverfassung", 1875.

Bei dem reichen Stoffe, den der die Verfassungsänderungen behandelnde Artikel 78 RV. bietet, erscheint es angebracht, diesen Artikel einmal einzeln eingehenden Betrachtungen zu unterziehen, und die vorliegende Arbeit soll deshalb einen Beitrag zur Erläuterung des Art. 78 RV. bieten.

Für die Arbeit selbst scheint es zweckmäßig, einige grundsätzliche Aufstellungen vorauszuschicken.

Nach Auflösung des „Deutschen Bundes" im Jahre 1866 hatten sich die norddeutschen Staaten in dem „Norddeutschen

Bund" vereinigt. Eine Erweiterung dieses Bundes durch Aufnahme der süddeutschen Staaten, mit denen durch völkerrechtliche Verträge, namentlich durch Schutz- und Trutzbündnisse und durch den Zollverein, die Verbindung aufrecht erhalten war, sah die Bundesverfassung vom 17. April 1867 [1]) bereits vor im Art. 79 Abs. 2, welcher lautete:

> Der Eintritt der süddeutschen Staaten oder eines derselben in den Bund erfolgt auf Vorschlag des Bundespräsidiums im Wege der Bundesgesetzgebung.

Schon im Jahre 1870, schneller als erwartet, veranlaßten die kriegerischen Ereignisse die sämtlichen süddeutschen Staaten, einen engeren Zusammenschluß mit dem Norddeutschen Bunde zu erstreben. Die zu diesem Zwecke bald eingeleiteten Verhandlungen führten zum Abschlusse der Verträge mit Baden und Hessen vom 15. November 1870 [2]), mit Bayern vom 23. November 1870 [3]) und mit Württemberg vom 25. November 1870 [4]), in denen man sich über die Verfassung des neuen „Deutschen Bundes" verständigte, die mit dem 1. Januar 1871 in Kraft treten sollte. Der norddeutsche Reichstag erteilte seine Zustimmung zu diesen Vereinbarungen in den Sitzungen vom 5. bis 9. Dezember 1870 und genehmigte am 10. Dezember 1870, auf einen von dem Bundesrate im Einvernehmen mit den Regierungen der süddeutschen Staaten gestellten Antrag, daß der deutsche Bund den Namen „Deutsches Reich" führen und daß die Ausübung der Präsidialrechte durch den König von Preußen mit dem Titel „Deutscher Kaiser" [5]) verbunden sein sollte.

---

[1]) Bundesges.-Blatt 1867 S. 1ff.: Binding, Deutsche Staatsgrundgesetze, Bd. I, Die Verfassung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs, 1904 S. 2 ff.

[2]) Bundesges.-Blatt 1870 S. 627 ff.; Stoerk, Handbuch der Deutschen Verfassungen, 1884 S. 28 ff.: Binding, S. 149 ff.

[3]) Bundesges.-Blatt 1871 S. 9 ff.; Stoerk S. 35 ff.; Binding S. 183 ff.

[4]) Bundesges.-Blatt 1870 S. 654 ff.; Stoerk S. 35 ff.; Binding S. 170 ff.

[5]) Auffallend ist demgegenüber — worauf Fleischmann in seinen „Völkerrechtsquellen" 1905 S. 164 Note 5 hinweist — daß in dem Bündnisse zwischen dem Deutschen Reiche und Oesterreich-Ungarn vom 7. Oktober 1879 als der eine vertragschließende Teil der Kaiser von Deutschland bezeichnet ist.

Die Zustimmung der Landtage von Württemberg, Baden und Hessen zu den mit dem Norddeutschen Bunde abgeschlossenen Verträgen erfolgte noch im Dezember 1870. Die bayrische Landesvertretung genehmigte das Abkommen vom 23. November 1870 zwar erst am 21. Januar 1871, trotzdem trat jedoch auf Grund des November-Vertrages auch für Bayern das Deutsche Reich am 1. Januar 1871 in Wirksamkeit.

Die norddeutsche Bundesverfassung hatte durch diese Verträge mit den süddeutschen Staaten mannigfache Abänderungen erfahren, ihr Text war aber mit diesen Änderungen nicht in Einklang gebracht worden. So waren denn die verfassungsrechtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Reiches in verschiedenen Urkunden zerstreut, es fehlte ein einheitliches Staatsgrundgesetz. Um diesem bald empfundenen Übelstande abzuhelfen, wurde dem am 21. März 1871 in Berlin zusammengetretenen ersten Deutschen Reichstage ein Gesetzentwurf betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vorgelegt, dem als Anlage eine „Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich" beigegeben war. Am 14. April 1871 wurde der Entwurf von dem Reichstage angenommen und unter dem 16. April 1871 als Reichsgesetz verkündet[1]). Das Gesetz enthält zwei Teile: das Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871, das in der Literatur kurz als „Einführungsgesetz" bezeichnet wird[2]), und als Anlage die „Verfassung des Deutschen Reichs".

Im § 1 des sogenannten Einführungsgesetzes ist gesagt:

> An die Stelle der zwischen dem Norddeutschen Bunde und den Großherzogtümern Baden und Hessen vereinbarten Verfassung des Deutschen Bundes [Bundesgesetzbl. vom Jahre 1870 S. 627 ff.], sowie der mit den Königreichen Bayern und Württemberg über den Beitritt zu dieser Verfassung geschlossenen Verträge vom 23. und 25. November 1870 [Bundesgesetzbl. vom Jahre 1871 S. 9 ff. und vom Jahre 1870 S. 654 ff.] tritt die beigefügte Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich.

---

[1]) Bundesges.-Blatt 1871 S. 63 ff.; Stoerk S. 6 ff.; Binding S. 3 ff.

[2]) Diese Bezeichnung findet sich zuerst in dem letzten Satze der dem Gesetz-Entwurfe beigegebenen Motive. Vgl. Hirth's Annalen 1871 S. 322 ff.

Die dem Einführungsgesetze beigefügte Verfassungsurkunde selbst enthält mit Ausnahme zweier unwesentlicher Änderungen im Art. 8 Abs. 3 und im Art. 52 Abs. 3 des jetzigen Staatsgrundgesetzes [1]) lediglich eine Zusammenfassung der in den verschiedenen Verträgen niedergelegten verfassungsrechtlichen Bestimmungen mit Durchführung der Terminologie „Deutsches Reich“ und „Deutscher Kaiser“.

Hält man sich diesen Entwicklungsgang [2]) der Verfassungsurkunde vom 16. April 1871 vor Augen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß unser Staatsgrundgesetz lediglich als Reichsgesetz angesehen werden muß.

Und doch ist dieser Satz nicht unbestritten. So behauptet Seydel [3]), daß die am 16. April 1871 verkündete Verfassung zugleich formelles Gesetz und Staatsvertrag sei. Zur Begründung dieser Ansicht führt Seydel an, daß das Vertragsverhältnis unter den Staaten nach wie vor fortbestehe und die Grundlage bilde, auf welcher die Reichsverfassung als lediglich berichtigte Beurkundung der in den Verträgen mit den süddeutschen Staaten vereinbarten Verfassung beruhe. G. Meyer [4]) nimmt gleichfalls an, daß die Verfassung auf den November-Verträgen beruhe, trotzdem gibt er aber ihren ausschließlich gesetzlichen Charakter zu.

Diesen Ausführungen gegenüber ist auf folgendes hinzuweisen:

In den Verträgen mit den süddeutschen Staaten war, wie bereits erwähnt, die Vereinbarung getroffen, daß die allseitig angenommene Verfassung mit dem 1. Januar 1871 in Wirksamkeit treten sollte. Dies ist geschehen, und damit waren jene Verträge erfüllt. Das Gesetz vom 16. April 1871 ist von den November-Verträgen von 1870 gänzlich unabhängig, es ist lediglich auf

---

[1]) vgl. Arndt, das Staatsrecht des Deutsches Reiches, 1901, S. 36; Laband, das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, I S. 45.

[2]) Über die geschichtliche Entwickelung der Verfassung vgl. Haenel, Deutsches Reichs-Staatsrecht, Bd. I, 1892, S. 45 ff.; Laband, Staatsrecht, I S. 36 ff.; Arndt, Staatsrecht, S. 32 ff.; v. Jagemann, die Deutsche Reichsverfassung, 1904, S. 13 ff.; Binding S. 144 ff.

[3]) Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 1897, S. 25 f.

[4]) G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1905, S. 187 und 588 f.; derselbe, Staatsrechtliche Erörterungen über die Deutsche Reichsverfassung, 1872, S. 62 f.; anscheinend auch: v. Jagemann S. 30.

Grund der dem Deutschen Reiche verfassungsmäßig zustehenden Gesetzgebungsgewalt in aller Form erlassen[1]) und daher giltig. Man kann hiernach auch nicht sagen, daß die Verfassung die Erfüllung von Verträgen darstelle[2]), denn von einer späteren gesetzlichen Redaktion der Verfassung ist in den Verträgen nirgends die Rede. Daß tatsächlich das Staatsgrundgesetz vom 16. April 1871 im allgemeinen nur eine Zusammenfassung der bisher in den einzelnen Verträgen enthalten gewesenen Verfassungbestimmungen ist, bleibt für ihren rechtlichen Charakter ohne Bedeutung.

Demnach wird daran festzuhalten sein, daß unsere Reichsverfassung lediglich ein Reichsgesetz ist und als solches behandelt werden muß.

---

[1]) So: Laband, Staatsrecht, I S. 47: anscheinend auch: v. Rönne, das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1877, I S. 43: Bornhak, Die vertragsmäßigen Grundlagen der Reichsverfassung, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 7 S. 323 ff., 369: Haenel, Staatsrecht, S. 54; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1895, I S. 50.

[2]) So: Arndt, Staatsrecht, S. 37.

Teil I.

Bedeutung von »Verfassung« und von »Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind«, im Art. 78 RV.

Kapitel 1.

Bedeutung von „Verfassung" im Art. 78 RV.

I.

Allgemeiner Begriff von „Verfassung" im Art. 78 RV.

§ 1.

Art. 78 der Reichsverfassung lautet:

> Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung. Sie gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrate vierzehn Stimmen gegen sich haben.
>
> Diejenigen Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden.

Verweilen wir zunächst bei dem Worte „Verfassung."

Die Bedeutung von Verfassung ist im Staatsrecht durchaus keine einheitliche [1]. Hauptsächlich tritt uns der Begriff der Verfassung in zwei Bedeutungen entgegen, einmal in dem weiteren, materiellen Sinne zur Bezeichnung des gesamten Verfassungszustandes eines Staates, und ferner in dem engeren, formellen Sinne, gleichbedeutend mit Verfassungsurkunde [2].

---

[1] Vgl. O. Mejer, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht, 1884, S. 10.
[2] Vgl, Haenel, Staatsrecht, S. 119 f., 218, 774.

In dem weiteren, materiellen Sinne war der Begriff Verfassung bereits im Altertume bekannt. Schon **Aristoteles** sagt in seinen Politic. IV 1289a 16 ff.[1]): πολιτεία μὲν γάρ ἐστι τάξις ταῖς πόλεσιν ἡ περὶ τὰς ἀρχάς, τίνα τρόπον νενέμηνται καὶ τί τὸ κύριον τῆς πολιτείας καὶ τίτὸ τέλος ἑκάστοις τῆς κοινωνίας ἐστίν, und definiert mithin die Verfassung als Summe der Bestimmungen über die Gewalten im Staate, über deren Verteilung, über den Sitz der höchsten Gewalt und über den Zweck des Gemeinwesens. Diese Definition können wir auch noch im heutigen Staatsrechte verwenden. In ähnlicher Weise bestimmen den Begriff Verfassung z. B. H. A. **Zachariae**[2]): als Inbegriff der Rechtsnormen über das Subjekt der höchsten Gewalt im Staate und über die Ausübung der Staatsgewalt, — **Arndt**[3]): als Inbegriff aller Vorschriften über die Grundformen und über die Organe des Staates, über deren Funktionen und Aufgaben, — **Haenel**[4]): als planmäßige Zusammenfügung der Elemente, durch die der Staat gebildet wird. Betrachten wir alle diese Definitionen, so ergibt sich, daß sie alle als hauptsächlichen Bestandteil der Verfassung eines Staates dessen Grundorganisation ansehen, daß aber hiermit der Begriff der Verfassung nicht erschöpft ist. Über dieses „mehr" gehen die Ansichten, wie die angeführten Definitionen zeigen, auseinander, ohne daß man sagen könnte, die eine Meinung wäre richtig, die andere unrichtig. Der Begriff der Verfassung im materiellen Sinne wird sich demnach, soweit er über die Grundorganisation hinausgeht, nicht genau bestimmen lassen.

Eine derartige materielle Verfassung muß notwendig ein jedes Staatswesen haben. Sie kann sich zwar auf ein Minimum beschränken, es genügt, wenn lediglich einige Sätze über die das Staatswesen aufrecht erhaltende Macht vorhanden sind, ganz ohne Verfassung ist jedoch ein Staat nicht denkbar[5]). Keineswegs ist

---

[1]) Angeführt nach **Jellinek**, Das Recht des modernen Staates, 1900, S. 462.

[2]) **Zachariae**, Deutsches Staats- und Bundesrecht, I, 1865 S. 75.

[3]) **Arndt**, Staatsrecht, S. 186.

[4]) **Haenel**, Staatsrecht, S. 119.

[5]) **Zachariae**, I, S. 65; v. **Mohl**, Encyklopädie der Staatswissenschaften, 1872, S. 137; **Brie**, Zur Lehre von den Staatenverbindungen, in Grünhuts Zeitschrift Bd. XI, S. 85 ff., 151; **Jellinek**, Das Recht des modernen Staates, 1900, S. 461; **Seulen**, Verfassungsänderungen nach preussischem und Reichsrecht, Diss. Rostock 1902, S. 17.

aber erforderlich, daß die Verfassung in geschriebenen Rechtssätzen besteht, sie kann vielmehr auch ganz oder teilweise auf Gewohnheit beruhen. Da, wo wir es mit einer geschriebenen staatlichen Rechtsordnung zu tun haben, können nun wiederum die die Verfassung enthaltenden Sätze ohne besondere Hervorhebung zwischen den übrigen Rechtssätzen zerstreut sich finden, oder sie können in eine oder mehrere Urkunden zusammengefaßt sein. Hiermit kommen wir zu dem Begriffe Verfassung in dem engeren, formellen Sinne, gleichbedeutend mit Verfassungsurkunde, Staatsgrundgesetz. Eine Verfassungsurkunde war dem Altertum fremd [1]). Die geschichtliche Entwickelung der Staatsgrundgesetze hat Jellinek in seinem „Recht des modernen Staates“ ausführlich dargestellt, so daß sich hier ein Eingehen auf diesen Gegenstand erübrigt [2]). Was den Inhalt der Staatsgrundgesetze anlangt, so haben sich bestimmte Regeln in der Praxis nicht gebildet und es weichen hierin die einzelnen Verfassungen erheblich von einander ab. Im allgemeinen befassen sich zwar die Verfassungsurkunden mit Bestimmungen über die Grundorganisation des Staates, über das „mehr“ lassen sich jedoch auch hier, wie bei dem Begriffe Verfassung im materiellen Sinne, keine allgemeinen Grundsätze aufstellen [3]).

[1]) Vgl. Zachariae, I, S. 75; Haenel, Staatsrecht, S. 218, 774 und namentlich Jellinek, Recht des modernen Staates, S. 463.

[2]) Jellinek, Recht des modernen Staates, S. 463 ff.: vgl. auch Seulen, S. 1 ff.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 27.

[3]) Vergleichsweise mag hier der Begriff der Verfassung im Kirchenrecht und im Bürgerlichen Recht kurz Erwähnung finden. Das Kirchenrecht kennt gleichfalls eine Verfassung im materiellen und im formellen Sinne. und es lassen sich auch hier allgemeine Regeln darüber, welche Bestimmungen außer den die Grundorganisation betreffenden zur Kirchenverfassung gehören, nicht aufstellen. So rechnet z. B. Richter, Lehrbuch des evangelischen und katholischen Kirchenrechts, 1886, S. 14, die Ämtergewalt zur Kirchenverfassung, während sie Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechtes, 1903, S. XIII als zur Kirchenverwaltung gehörig bezeichnet (vgl. auch Meusel, Kirchliches Handlexikon, 1891, Bd. 3, S. 806 f. Artikel „Kirchenverfassung“). Auch Verfassungsgesetze finden sich im Kirchenrecht, wie z. B. das preussische Gesetz betreffend die evangelische Kirchenverfassung in den älteren Provinzen vom 3. Juni 1876 (Ges. Sammlg. S. 125 ff.) vgl. Friedberg, S. 138.

Das BGB. spricht von Verfassungen der rechtsfähigen Vereine und Stiftungen (§§ 25, 85, 87 Abs. 2, 88 BGB., Art. 82 EGBGB). Eine Definition

In einem aus mehreren Gliedstaaten bestehenden Staate, wie z. B. dem Deutschen Reich, muß das Staatsgrundgesetz naturgemäß Vorschriften über die Kompetenz des Reiches wie der Einzelstaaten enthalten, und Haenel[1]) definiert mit Recht den Begriff der Verfassung eines Bundesstaates als Regelung der Grundverhältnisse, unter welche die Summe der Bestimmungen falle, die die Wirkungskreise der centralisierten und der decentralisierten Staatswesen gegeneinander abgrenzen und die Art und Weise ihres Zusammenwirkens feststellen.

Die Frage nun, ob „Verfassung" im Art. 78 RV. im materiellen oder formellen Sinne gebraucht ist, macht keine besonderen Schwierigkeiten. Schon der Sprachgebrauch der Entstehungszeit der Verfassung ergibt, daß unter „Verfassung" im Art. 78 RV. die „Verfassungsurkunde" gemeint ist[2]). In den Beratungen der Verfassung des Norddeutschen Bundes wie derjenigen des Deutschen Reiches ist durchweg der Ausdruck „Verfassung" für „Verfassungsurkunde" gebraucht, und so heißt es auch in der am 24. November 1870 gelegentlich der Eröffnungssitzung des Reichstages vom Staatsminister Delbrück verlesenen Thronrede[3]), es werde dem Reichstage zur Genehmigung vorgelegt werden „eine vom Bundesrate einstimmig angenommene Verfassung eines Deutschen Reiches." Auch in den Verträgen des Norddeutschen Bundes mit

---

des Begriffes Verfassung gibt das BGB., im Gegensatze zum ALR. II Titel 6, §§ 27 28, nicht. Doch ist auch hier unzweifelhaft unter Verfassung die Grundorganisation hauptsächlich zu verstehen (vgl. Gareis, Allgem. Teil des BGB. 1900, S. 42; Hölder, Kommentar zum Allgem. Teil des BGB. 1900, S. 138, 197; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1901, Bd. VI, S. 168; Staudinger, Kommentar zum BGB. 1903, S. 111, 188) Da das BGB. aber vorschreibt, daß die Verfassung in der Vereinssatzung bezw. in dem Stiftungsgeschäfte enthalten sein müsse (§§ 25, 85), und diese bei eingegetragenen Vereinen und allen Stiftungen der Schriftform bedürfen, (§§ 59, 81 BGB.) so erhellt hieraus, daß das BGB. unter Verfassung lediglich den Begriff Verfassung in dem engeren, formellen Sinne versteht.

[1]) Haenel, Staatsrecht, S. 774.

[2]) Vgl. hierzu bez. der preußischen Verfassungsurkunde Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, Heft 1 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Brie, 1898, S. 114.

[3]) Bezold, Materialien der Deutschen Reichsverfassung, 1873, Bd. III, S. 131.

den süddeutschen Staaten findet sich überaus häufig das Wort „Verfassung“, wo ohne Zweifel die „Verfassungsurkunde“ gemeint ist.

Des weiteren ergibt sich auch aus dem Gesetze vom 16. April 1871 selbst, daß Verfassung im Art. 78 im formellen Sinne gebraucht ist. Wenn es in der Einleitung der Verfassungsurkunde heißt:

„Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen und wird nachstehende Verfassung haben“

so geht schon hieraus hervor, daß mit Verfassung im Art. 78 RV., dem letzten der Verfassungsurkunde, nur die voraufgehenden Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes selbst gemeint sein können. Für diese Auffassung spricht ferner der § 1 des sogenannten Einführungsgesetzes vom 16. April 1871, welcher sagt:

„An die Stelle der . . . . tritt die beigefügte Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich“

sowie die Überschrift des zweiten Teiles des Gesetzes vom 16. April 1871, welche lautet: „Verfassung des Deutschen Reiches“. Schließlich muß noch hervorgehoben werden, daß auch an den anderen Stellen, wo die RV. den Ausdruck „Verfassung“ gebraucht, nämlich[1]) in den Art. 2, 4 No. 1 und 40 RV. lediglich „Verfassung“ an Stelle von „Verfassungsurkunde“ gesetzt ist. In diesen Artikeln heißt es allerdings stets, um jeden Zweifel auszuschließen, „dieser Verfassung“. Warum in Art. 78 RV. dieser Zusatz nicht gemacht worden, ist nicht ersichtlich. Es wäre vielleicht zur Vermeidung Zweifels praktischer gewesen, dem Beispiele verschiedener anderer jeden Verfassungsurkunden zu folgen und statt „der Verfassung“: „dieses Staatsgrundgesetzes“ oder „dieser Verfassungsurkunde“ zu setzen, wie es z. B. in Tit. X, § 7 der bayrischen Verfassung vom 26. Mai 1818[2]), in § 110 Abs. 1 der hessischen Verfassung vom 17. Dezember 1820[3]) und in § 98 No. 1 der braunschweigischen Verfassung vom 12. Oktober 1832[4]) geschehen ist. Trotzdem dürfte aus dem Gesagten zur Genüge hervorgehen, daß „Verfassung“ im Art. 78 Abs. 1 RV. nur die Verfassungsurkunde selbst bedeutet. Im Gegensatze zu dieser in der Literatur herrschenden

[1]) Abgesehen von dem durch die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches gegenstandslos gewordenen Art. 74 RV.

[2]) Stoerk, S. 82. [3]) Stoerk, S. 253. [4]) Stoerk, S. 340.

Ansicht[1]) steht jetzt nur Zorn[2]), der behauptet, daß unter „Verfassung“ im Art. 78 RV. nicht nur der Text der Verfassungsurkunde zu verstehen sei, daß vielmehr jedes Gesetz, welches materiell eine Verfassungsänderung enthalte, nach der Vorschrift des Art. 78 RV. beurteilt werden müsse. Aus der Verfassungsurkunde selbst läßt sich für diese Auffassung nichts erbringen. Hätte mit „Verfassung“ im Art. 78 RV. tatsächlich der gesamte Verfassungszustand des Deutschen Reiches gemeint sein sollen, so wäre nach all dem Gesagten sicherlich ein dies andeutender Zusatz gemacht worden.

„Verfassung“ im Art. 78 Abs. 1 RV. ist also gleichbedeutend mit „Verfassungsurkunde“.

Diese Feststellung genügt aber nicht, es wird vielmehr weiter zu untersuchen sein, wie weit diese „Verfassungsurkunde“ reicht, was zu ihr gehört.

II.

Der Umfang der Verfassungsurkunde vom 16. April 1871.

§ 2.

a) Die Verfassungsurkunde selbst.

Das Gesetz vom 16. April 1871 besteht aus zwei Teilen, dem sogenannten Einführungsgesetze und der „Verfassung für das Deutsche Reich“. Daß nur der zweite Teil als Verfassung im Sinne des Art. 78 RV. angesehen werden kann, ergibt sich einmal aus der Überschrift dieses Teils: „Verfassung für das Deutsche Reich“, und folgt ferner daraus, daß im Art. 1 des Einführungsgesetzes gesagt ist: „An die Stelle . . . tritt die beigefügte Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich“. Somit scheiden der erste Teil des Gesetzes vom 16. April 1871 und damit auch

---

[1]) So: v. Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 143 f., v. Rönne, II, 1 S. 20 f.; Haenel, Staatsrecht, S. 774; v. Seydel, S. 416; Laband, Staatsrecht, II S. 33; Arndt, Staatsrecht S. 186; v. Jagemann, S. 227; Duske, Die Formen und Voraussetzungen einer Verfassungsänderung im Deutschen Reiche gegenüber einer solchen in Preussen, Diss., Erlangen, 1897, S. 14.

[2]) Zorn, I S. 432. — Die oben aufgeworfene Frage steht im engen Zusammenhange mit dem weiter unten zu erwähnenden Streit über die sog. Kompetenz-Kompetenz. Über die Literatur zur Zeit des Norddeutschen Bundes vgl. Brie, Der Bundesstaat, 1874, S. 163 ff.

die dort angezogenen Verträge und Gesetze aus dem Kreise unserer Betrachtungen aus. Wenn das sogenannte Einführungsgesetz selbst die Überschrift führt: „Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches", so ist dieser Titel augenscheinlich deswegen gewählt, weil die beigefügte Verfassungsurkunde den Hauptbestandteil des Gesetzes bildet.

Es bleibt demnach lediglich zu untersuchen, wie weit sich der Umfang des zweiten Teiles erstreckt.

Bei dieser Frage erheben sich zunächst schon Zweifel bezüglich des Einganges der Urkunde. Er lautet:

> Seine Majestät der König von Preußen im Namen des Norddeutschen Bundes, Seine Majestät der König von Württemberg, Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Baden und Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Hessen und bei Rhein für die südlich vom Main belegenen Teile des Großherzogtums Hessen schließen einen ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechtes, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes. Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen uud wird nachstehende
>
> Verfassung
>
> haben.

Auch diese Worte stehen unter der Formel: „Wir, Wilhelm ... verordnen im Namen des Reiches nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates und des Reichstages" und gehören somit zu dem mit der Überschrift „Verfassung des Deutschen Reiches" versehenen Teil des Gesetzes vom 16. April 1871. Diese „Verfassung des Deutschen Reiches" ist aber als „Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich" zu betrachten, von der der § 1 des Einführungsgesetzes spricht. Hieran kann kein Zweifel bestehen, wenn es auch auffallen muß, daß in einem so grundlegenden Gesetze der Sprachgebrauch schwankt. Demnach ist der Eingang Bestandteil des Staatsgrundgesetzes.

Diese Ansicht ist zuerst von Haenel aufgestellt und eingehend begründet worden[1]). Haenel hat freilich Einschränkungen hinzu-

[1]) Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrechte, Bd. I, Die vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung, 1873, S. 92 ff.; ihm

gefügt, seine weiteren Ausführungen über den Eingang der Verfassung sind aber auf Widerspruch gestoßen.

Er behauptet nämlich [1]), der erste Satz des Einganges bilde zwar formell einen Bestandteil der Verfassung, sei aber nur enunciativ, die eigentliche Verfassung beginne erst mit dem zweiten Satze. Aber wo das Gesetz nicht unterscheidet, warum soll da ein Unterschied gesucht werden?

Es ist nicht ersichtlich, weshalb der zweite Satz des Einganges abänderbar, der erste hingegen unabänderbar sein soll. Nach der Verfassung steht nichts im Wege, daß den in der Urkunde genannten Bundeszwecken noch andere hinzugefügt werden [2]) oder daß bei der Aufnahme eines neuen Bundesgliedes — was m. E. allein durch ein verfassungsänderndes Reichsgesetz geschehen kann [3]) — der erste Satz des Einganges abgeändert wird. An einer anderen Stelle sagt Haenel allerdings [4]), und dies scheint mir mit seinen oben angegebenen Auslassungen im Widerspruche zu stehen, daß die Eingangsworte die Vorschrift enthielten, die Parteien sollen einen Bund schließen. Eine derartige Behauptung dürfte aber mit den bestehenden Tatsachen nicht vereinbar sein. Der Bund war bereits geschlossen, als das Gesetz vom 16. April 1871 in Kraft trat, die Worte: „.. schließen einen ewigen Bund" sprechen daher von einem vergangenen Ereignisse und müssen nach ihrer Stellung als zur Verfassung gehörig dahin ver-

---

schließen sich an: v. Mohl, Staatsrecht, S. 61 ff.: v. Rönne II, S. 30: vgl. auch Zachariae: Die Verfassungsänderung nach Art. 78 der Norddeutschen Bundesverfassung, 1869, S. 13 f.

1) Haenel, Studien I, S. 103.

2) So benennen z. B. die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika im Eingange und die schweizerische Bundesverfassung im Art. 2 noch als Bundeszwecke: Handhabung der Ruhe im Innern und Schutz der Freiheit. Vgl. v. Holst: Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, bei Marquardsen, Handbuch des öffentlichen Rechtes, Band IV, 1, 3 S. 29 f., der die Präambel der amerikanischen Konstitution als den wesentlichsten Bestandteil der ganzen Verfassung bezeichnet: vgl. auch Brie, Theorie der Staatenverbindungen, 1886, S. 100.

3) So die herrschende Meinung, a. A. sind Zorn I S. 95, und Seydel S. 27, welche Zustimmung aller Bundesmitglieder verlangen.

4) Haenel, Staatsrecht, S. 779.

standen werden: die Parteien sollen in einem ewigen Bunde vereinigt sein.

Mit der hier vertretenen Auffassung, daß die Eingangsworte zur Verfassung im Sinne des Art. 78 RV. gehören, scheint allerdings im Widerspruch zu stehen, daß es im Satz 2 dort heißt: „nachstehende Verfassung". Dieser Umstand ist denn auch zur Begründung der Behauptung, der Eingang sei nicht integrierender Bestandteil der Verfassungsurkunde [1]), benutzt worden. Wenn aber gesagt wird, in der Überschrift vor den Eingangsworten „Verfassung des Deutschen Reiches" liege eine sprachliche Inkorrektheit [2]), so trifft dies nur insoweit zu, als nach dem bereits mehrfach angeführten § 1 des sogenannten Einführungsgesetzes die Überschrift: „Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich" lauten müßte. Eine tatsächliche sprachliche Inkorrektheit liegt demnach vielmehr in den Worten des Eingangs „nachstehende Verfassung", da der Eingang selbst, zumal er gewiß mehr als eine typische Formel enthält, bereits mit zur Verfassung gehört [3]).

Es wäre schließlich noch zu erwähnen, daß auch der Eingang der Verfassung des Norddeutschen Bundes auf dem Wege des Art. 78 abgeändert worden ist. Art. 79 der Bundesverfassung, welcher bestimmte, daß der Eintritt der süddeutschen Staaten in den Bund im Wege der Gesetzgebung erfolgen sollte, sah bereits eine Änderung des Einganges durch Gesetz vor. Faßt man aber selbst den Art. 79 der Bundesverfassung als Ausnahmebestimmung auf, so kann doch die Tatsache nicht geleugnet werden, daß der Eingang der Norddeutschen Bundesverfassung durch das Gesetz vom 16. April 1871 abgeändert worden ist, einmal dadurch, daß in dem Eingange der Reichsverfassung der Umfang des Gebietes der einzelnen zum Bunde gehörigen Staaten — mit Ausnahme von Hessen — keine Erwähnung mehr gefunden hat, eine Änderung, die nicht bereits vorher in den Verträgen mit den süddeutschen Staaten vereinbart worden war [4]), namentlich aber insofern, als die

[1]) So Bornhak im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 7, S. 359 ff.; Zorn I, S. 58 ff.; Seydel S. 27.

[2]) Vgl. Zorn I, S. 59.

[3]) Allgemeines über die Natur des Gesetzeseinganges bei Fleischmann, Weg der Gesezgebung, S. 75—86.

[4]) Vgl. Haenel, Studien I, S. 96 ff.

Worte „wird den Namen Deutsches Reich führen“ in den Eingang der Reichsverfassung neu eingefügt worden sind.

Wenn somit die Eingangsworte zur Verfassung gehören und selbst abänderbar sind, so können sie irgend welchen Abänderungen der Verfassungsurkunde keinerlei Schranken setzen [1]).

Auch anderweitig finden sich keine Einschränkungen für Verfassungsänderungen. Auf die zur Zeit des Norddeutschen Bundes aufgeworfene und früher lebhaft erörterte Frage, ob das Reich befugt ist, seine eigene Zuständigkeit zu erweitern, die Frage nach der sogenannten Kompetenz-Kompetenz, brauche ich hier nicht einzugehen. Dieser Streit ist heut erledigt. Es wird allgemein anerkannt, daß das Reich nach der Fassung des Art. 78 RV. zu einer Erweiterung seiner Kompetenzgrenzen, also insbesondere auch zu einer Abänderung des Art. 4 RV. befugt ist [2]). Ebensowenig besteht darüber ein Zweifel, daß Art. 78 Abs. 1 RV. auf dem von ihm selbst bezeichneten Wege abänderbar ist Auf die Voraussetzungen für eine Änderung des Abs. 2 Art. 78 RV. wird später einzugehen sein.

Unterliegen somit der Eingang und die sämtlichen Artikel der Verfassung den Erschwernissen der Abänderung nach Art. 78 RV., so kann es sich fragen, inwieweit diejenigen Bestimmungen, durch welche die Verfassung abgeändert worden ist, als verfassungsrechtliche im Sinne des Art. 78 RV. anzusehen sind. Diese Änderungen können auf dreierlei Art vor sich gehen: der bestehende Wortlaut kann umgeändert, es können Zusätze gemacht [3]) oder Vorschriften gänzlich aufgehoben werden. Insofern nun derartige Abänderungen in den Verfassungstext aufgenommen worden sind, müssen sie unzweifelhaft als Verfassungsbestimmungen an-

---

[1]) a. A. Meyer, Staatsrecht, S. 589; derselbe, staatsrechtliche Erörterungen, S. 66 f., infolge seiner Ansicht über die rechtliche Natur der Verfassung, vgl. auch die dort angegebene Litteratur.

[2]) Vgl. Brie, Der Bundesstaat, S. 105; Haenel, Staatsrecht, S. 774; Zorn I, S. 77; Seydel, S. 414, 418; Duske, S. 15 f.; Arndt, Staatsrecht S. 190; Seulen, S. 31 ff.; v. Jagemann, S. 20; G. Meyer, Staatsrecht, S. 600.

[3]) So: Seydel, S. 143; Fleischmann, Weg der Gesetzgebung, S. 114; Schneider, die Verfassungsgesetze und verfassungsändernden Gesetze in Bayern seit 1818. Diss. Erlangen 1903, S. 16; a. A. Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den preuss. Staat. 1898, S. 338 und Seulen, S. 25, die Zusatzbestimmungen nicht als Änderung der Verfassung ansehen.

gesehen werden und können nur auf dem für solche vorgeschriebene Wege abgeändert werden [1]). Anders aber, wenn eine Änderung des Wortlautes des Staatsgrundgesetzes nicht erfolgt ist. In diesem Falle gehört die betreffende Vorschrift nach dem oben klargelegten Begriff von „Verfassung" im Art. 78 RV. nicht zu dem Staatsgrundgesetze, genießt also auch nicht den Schutz des Art, 78 RV., es müßte denn sein, daß er ihr besonders beigelegt worden ist [2]). Für inkonsequent halte ich es, wenn von Rönne und Haenel, obwohl sie die hier vertretene Ansicht über den Begriff „Verfassung" im Art. 78 Abs. 1 RV. teilen, doch jedes Verfassungsänderungsgesetz für spätere Abänderungen den Erfordernissen des Art. 78 RV. unterworfen wissen wollen [3]), Zu einer derartigen Auffassung kann man m. E. nur dann kommen, wenn man wie Zorn „Verfassung" im Art. 78 Abs. 1 RV. im materiellen Sinne nimmt [4]). Seydel [5]), der zunächst die hier vorgetragene Auffassung über die Behandlung der Verfassungsänderungsgesetze vertritt, hebt jedoch dann weiter diejenigen Gesetze, welche eine Zuständigkeitserweiterung enthalten, ohne die Verfassungsurkunde abzuändern, besonders hervor und sagt, daß bei diesen „dagegen" ein Gesetz, durch welches der Umfang der Zuständigkeitserweiterung noch mehr ausgedehnt werden soll, abermals der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Form bedürfe, sonst aber nicht. Durch das „dagegen" gewinnt es den Anschein, als ob Seydel die kompetenzerweiternden Verfassungsänderungsgesetze anders behandeln wollte als die nicht kompetenzerweiternden. Ganz abgesehen davon, daß sich in dem Staatsgrundgesetze nicht der geringste Anhalt für eine derartige Spaltung der Verfassungsänderungsgesetze finden läßt, liegt auch bei Seydel trotz des „dagegen" eine verschiedene Behandlung nicht vor, denn da die Verfassung insoweit in Kraft bleibt, als sie nicht durch das erste kompetenzerweiternde Gesetz abgeändert worden ist, so stellt sich

[1]) Vgl. v. Rönne, II, 1 S. 35 f.; Seydel, S. 418 f. 413; Laband, Staatsrecht II, S. 34.

[2]) So: Westerkamp, Über die Reichsverfassung, 1873, S. 135; Duske, S. 30 f.; Laband, Staatsrecht II, S. 36 f; Arndt, Staatsrecht, S. 86.

[3]) v. Rönne II, 1, S. 36; Haenel, Studien I, S. 255 Anm. 6.

[4]) Zorn I. S. 433.

[5]) Seydel, S. 418 f.; scheinbar ebenso v. Jagemann, S. 228 f.

ein neues, die Kompetenz wiederum erweiterndes Gesetz als Abänderung der noch in Geltung gebliebenen Verfassung dar und erfordert deshalb die Erschwernisse des Art. 78 RV.

Noch eines anderen Punktes mag im Anschlusse hieran gedacht werden:

Von Laband ist in seinem Staatsrecht Bd. II S. 66 gesagt, es könne einer Verfassungsbestimmung die formelle Kraft eines einfachen Gesetzes beigelegt werden durch die Anordnung, daß sie im gewöhnlichen Wege der Gesetzgebung abgeändert werden dürfe, z. B. Art. 20 Abs. 2, Art. 60, Art. 68 RV. Dies kann leicht zu dem Mißverständnisse führen, als ob die angeführten Artikel nicht den Erschwernissen einer Abänderung nach Art, 78 RV. unterliegen würden. Dem ist jedoch nicht so. In den genannten Artikeln sind gewisse Materien nur vorläufig geordnet, und es ist gesagt, daß die endgültige Regelung im Wege der einfachen Gesetzgebung erfolgen solle. Es liegt daher, falls diese Regelung vorgenommen wird, überhaupt keine Verfassungsänderung im Sinne des Art. 78 RV. vor, sondern es handelt sich nur um eine verfassungsrechtlich vorgesehene Vervollständigung, einen Ausbau des Staatsgrundgesetzes. Jede anderweitige Änderung muß selbstverständlich auch bei diesen Artikeln nach den Bestimmungen des Art. 78 RV. vor sich gehen.

§ 3.

b) Die in der Verfassungsurkunde in Bezug genommenen Gesetze und Verträge.

α) Die Artikel 3, 20, 50, 52, 59, 66, 68 und die Schlußbestimmungen zu den Abschnitten XI und XII RV.

Das Staatsgrundgesetz vom 16. April 1871, das sonach allein als „Verfassung“ im Sinne des Art. 78 RV. anzusehen ist, bildet kein in sich abgeschlossenes Ganzes, es finden sich vielmehr in seinem Texte mehrfach Erwähnungen anderer Gesetze und Verträge. Dies ist der Fall in den Art. 3, 20, 40, 50, 52, 59, 66, 68 und in den Schlußbestimmungen zu den Abschnitten XI und XII RV. Hiermit ist aber keineswegs gesagt, daß die in Bezug genommenen Bestimmungen Verfassungsrecht im Sinne des Art. 78

RV. geworden sind[1]). Die Erwähnungen haben vielmehr eine recht verschiedene Bedeutung und es bedarf einer besonderen Erwägung, inwieweit sie zur Verfassungsurkunde gehören. Schon während der Beratung der Verfassung im Reichstage sind in dieser Hinsicht verschiedentlich Zweifel aufgetaucht und es ist mehrfach versucht worden, Klarheit darüber zu schaffen, welche Bestimmungen als verfassungsrechtliche anzusehen sind und welche nicht. Hierauf wird im Verlaufe der Darstellung noch zurückzukommen sein.

Es sei versucht, hier klarzustellen, ob und wie weit die außerhalb der Verfassungsurkunde stehenden, von ihr in Bezug genommenen Vorschriften zu Verfassungsrecht im Sinne des Art. 78 RV. geworden sind.

Von vornherein scheidet von unserer Betrachtung Art. 59 RV. aus, welcher besagt, daß die Bestimmungen für die Auswanderung der Landwehrmänner auch für die Auswanderung der Reservisten maßgebend sein sollen. Hier handelt es sich lediglich um eine Ausdehnung nicht verfassungsrechtlicher Bestimmungen, durch welche diese selbst keineswegs den Charakter von Verfassungsrecht erhalten können. Hätten jene Vorschriften dem Staatsgrundgesetze einverleibt werden sollen, so wären sie sicherlich näher bezeichnet worden, als es im Art. 59 Abs. 3 RV. geschehen ist.

Des weiteren gehören alle diejenigen in Bezug genommenen Bestimmungen nicht zu dem Staatsgrundgesetze, die nur deswegen angeführt sind, um ausdrücklich hervorzuheben, daß sie unberührt durch die Verfassung ihre frühere Geltung behalten[2]).

Hierher sind zu rechnen:

1. Art. 3 RV., welcher im Abs. 3 und im Abs. 4 festsetzt, daß diejenigen Bestimmungen, welche die Armenversorgung und die Aufnahme in den lokalen Gemeindeverband betreffen, durch den im Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatz des gemeinsamen Indigenats nicht berührt werden und daß ebenso bis auf weiteres die

---

[1]) Vgl. auch bezüglich der preußischen Verfassungsurkunde Fleischmann, Weg der Gesetzgebung, S. 114 f.; bez. der bayrischen Verfassungsurkunde Schneider, S. 12.

[2]) Vgl. Haenel, Studien, I S. 106; G. Meyer, Staatsrecht, S. 209. Nicht hierher gehört Art. 41 Abs. 3 RV., da durch ihn andere gesetzliche Bestimmungen gänzlich aufgehoben worden sind.

Verträge in Kraft bleiben, welche zwischen den einzelnen Bundesstaaten in Beziehung auf die Übernahme von Auszuweisenden, die Verpflegung erkrankter und die Beerdigung verstorbener Staatsangehöriger bestehen. In diesem Artikel ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß trotz des Art. 3 die erwähnten Vorschriften unverändert in Kraft bleiben sollen. Der Abs. 4 des Art. 3 RV., der sich auf den Gothaer Vertrag vom 15. Juli 1856 (Preußische Gesetz-Sammlung 1856 S. 711 ff.) wegen gegenseitiger Übernahme der Ausgewiesenen und Heimatlosen und die Eisenacher Konvention vom 11. Juli 1853 (Pr. Ges. Samml. 1853, S. 877 ff.) wegen Verpflegung erkrankter und Beerdigung verstorbener Untertanen bezieht, ist übrigens für alle Bundesstaaten mit Ausnahme von Bayern und auch von Elsaß-Lothringen nur von vorübergehender Bedeutung gewesen, denn die Regelung dieser Materie ist für den Norddeutschen Bund durch das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 (Bundesgesetz Bl. 1870, S. 360 ff.) erfolgt, und dieses Gesetz ist in Südhessen durch Art. 80 No. II Abs. 2 der vereinbarten Verfassung vom 1. Juli 1871 ab, in Württemberg und Baden durch das Reichsgesetz vom 8. November 1871 (Reichs-Ges. Bl. 1871, S. 391) vom 1. Januar 1873 ab eingeführt werden. In Bayern, für welches das Gesetz betreffend den Unterstützungswohnsitz gemäß Art. 4 Nr. 1 RV. keine Geltung hat, ist die Fortdauer der beiden erwähnten Konventionen in Nr. III des bayrischen Schlußprotokolles vom 23. November 1870 [1]) ausdrücklich in ihrer Vertragsnatur anerkannt worden [2]). Auch im Verhältnis von Elsaß-Lothringen zu den übrigen Bundesstaaten gelten noch jene beiden Verträge, da das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz in Elsaß-Lothringen nicht eingeführt worden ist. Einen verfaßungsrechtlichen Charakter haben aber, wie oben dargelegt, die Verträge dadurch, daß sie in Art. 3 Abs. 3 RV. aufrecht erhalten worden sind, in Elsaß-Lothringen nicht erlangt.

2. Art. 66 Abs. 1 S. 1 RV., der besagt, daß, wo nicht besondere Konventionen ein anderes bestimmen, die Bundesfürsten, beziehentlich die Senate die Offiziere ihrer Kontingente mit der

---

[1]) Stoerk, S. 36; Binding, S. 200.

[2]) Vgl. Haenel, Studien I, S. 107 ff.; Seydel, S. 57.

Beschränkung des Art. 64 ernennen. Mit den ersten Worten des Satzes ist den Bundeshäuptern lediglich die Ermächtigung gegeben, das Recht, ihre Offiziere zu ernennen, durch Verträge abändern oder aufheben zu können. Der Inhalt derartiger Verträge wird aber keinesfalls zum integrierenden Bestandteil der Verfassungsurkunde und es bedarf zur Aufhebung nicht der Erschwernisse des Art. 78 RV., da hierdurch die Bundesstaaten nur das ihnen verfassungsmäßig zustehende Recht der Offiziersernennung wieder zurück erhalten [1]).

3. Art. 50 Abs. 6 RV., welcher lautet:

> Wo eine selbständige Landespost- resp. Telegraphenverwaltung nicht besteht, entscheiden die Bestimmungen der besonderen Verträge.

Auch der Inhalt der auf Grund dieser Bestimmung getroffenen Abkommen ist kein verfassungsrechtlicher, da bei diesen Vereinbarungen der Abschluß, die Abänderung oder Aufhebung in das Belieben der Einzelstaaten gestellt ist und sie die Kompetenz des Reiches nicht berühren.

Die Bezugnahme auf andere Gesetze und Verträge in dem Staatsgrundgesetze **kann** nun aber auch die Absicht haben, daß die betreffenden Bestimmungen unangesehen ihres früheren Geltungsgrundes ganz oder teilweise als integrierende Bestandteile der Verfassungsurkunde betrachtet werden sollen.

Dies ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes vom 16. April 1871 unzweifelhaft der Fall [2]):

1.: bei dem im Art. 52 RV. angezogenen Art. 49 des Postvertrages vom 23. November 1867 [3]) (Bundesges. Blatt 1868 S. 41 ff. 63), nach welchem bei Verhandlungen mit fremden Regierungen, die eine Postverwaltung einleitet oder führt, die anderen verbündeten Postverwaltungen in Kenntnis gesetzt, der Abschluß des Vertrages,

---

[1]) Vgl. Tepelmann, Die rechtliche Natur der Militärkonventionen im Deutschen Reiche und ihr Einfluß auf die Einheitlichkeit des Reichsheeres, Diss. Göttingen 1891, S. 17, 44: Seydel, S. 375 ff.: Laband, Staatsrecht, IV S. 27.

[2]) So: Haenel, Studien, I S. 109 ff.: derselbe, Staatsrecht, S. 55.

[3]) So anscheinend: v. Rönne, I S. 84 u. A.: G. Meyer in Hirth's Annalen des Deutschen Reiches 1880, S. 346 f: Haenel, Staatsrecht, S. 432 ff.; Laband, Staatsrecht, IV S. 40 ff.

soweit tunlich, gemeinschaftlich bewirkt und endlich durch die Verträge dahin Vorsorge getroffen werden soll, daß die der einen deutschen Verwaltung zugebilligten Erleichterungen des Verkehres in gleicher Weise und unter denselben Bedingungen auf den durch diese Verwaltung stückweise vermittelten Korrespondenzverkehr der anderen deutschen Postgebiete zur Anwendung gelangen.

2.: nach Art. 68 RV. bei dem preußischen Gesetze über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 (Gesetz-Sammlung 1851, S. 451 ff.), jedoch nur insoweit, als das Gesetz Vorschriften trifft über die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer Erklärung in den Kriegszustand. Hierhin gehören die §§ 1—4 und 6—13 des Gesetzes[1]). Deutlicher und wohl auch mit keinen erheblichen Schwierigkeiten verknüpft wäre es gewesen, wenn im Art. 68 RV. diejenigen §§ des Gesetzes vom 4. Juni 1851, welche zur Verfassung gehören sollten, ausdrücklich benannt worden wären. Dies ist jedoch deswegen nicht geschehen, weil die Bezugnahme auf das preußische Gesetz nur ein Übergangsstadium sein sollte und beabsichtigt war, dem Reichstage schon in der nächsten Session das im Art. 68 RV. in Aussicht genommene Reichsgesetz vorzulegen[2]).

3.: Nach den Schlußbestimmungen zu den Abschnitten XI, Reichskriegswesen und XII, Reichsfinanzen: bei dem Bündnisvertrage mit Bayern vom 23. November 1870 No. III, § 5[3]) und bei der Militärkonvention mit Württemberg vom 21/25. November 1870[4]). Obgleich dies m. E. aus der Fassung der Schlußbestimmungen zu den Abschnitten XI. und XII. RV. klar hervorgeht[5]), will Haenel[6])

---

[1]) So anscheinend: v. Rönne, I S. 84; Haenel, Staatsrecht, S. 432 ff.; Laband, Staatsrecht, IV S. 40 ff.: a. A. G. Meyer in Hirth's Annalen des Deutschen Reichs 1880, S. 346 f.

[2]) Vgl. die Rede des Grafen Bismarck bei der Generaldebatte über den Verfassungs-Entwurf im konstituierenden Norddeutschen Reichstage, Bezold, I S. 176 f., und die Rede des Abgeordneten Rohden bei der Spezialdiskussion zu Art. 68 in der Sitzung vom 8. April 1867, Bezold, I S. 461.

[3]) Stoerk, S. 335 ff.: Binding, S. 183 ff.

[4]) Stoerk, S. 31 ff.: Binding, S. 174 ff.

[5]) Der hier vertretenen Ansicht sind: Tepelmann, S. 52, 56: Zorn II, S. 526: Seydel, S. 299, 380: Laband, Staatsrecht, IV S. 31.

[6]) Haenel, Staatsrecht, S. 58 ff.; derselbe, Studien, I S. 235 ff., gegen ihn zutreffend auch Tepelmann, S. 7 ff.

der württembergischen Militärkonvention nicht einen verfassungsrechtlichen Charakter beilegen, er hält sie vielmehr für eine neben dem Staatsgrundgesetze herlaufende vertragsmäßige Vereinbarung, da sie „im Gegensatze zur bayrischen Militarkonvention nicht zum Bestandteile des Verfassungstextes erklärt worden sei und da sie Bestimmungen enthalte, die zweifellos nur die Anwendbarkeit gemeingültiger Verfassungsbestimmungen bestätigen oder lediglich reglementarischer Natur seien.“ Das Gesetz macht jedoch tatsächlich in der Bezugnahme auf No. III § 5 des bayrischen Vertrages und auf die Militärkonvention nicht den geringsten Unterschied und es muß mithin die württembergische Militärkonvention unangesehen ihres Inhaltes als zur Verfassungsurkunde gehörig angesehen werden. Haenels Ansicht entbehrt daher der rechtlichen Grundlage. Aus demselben Grunde scheitert aber auch die weitere Behauptung Haenels, die Bestimmungen des badisch-hessischen Protokolles No. 2, 4, 6, der württembergischen Verhandlung No. 1, d e, und des bayrischen Schlußprotokolles No. I, II, VI, X, XII, XIV § 4 unterständen dem Schutze des Art. 78 RV. Die Begründung, die angegebenen Stellen seien authentische Interpretationen der aus diesen Verträgen in die Verfassung aufgenommenen Bestimmungen, denen nach der Absicht der Vertragschließenden die nämliche Kraft und Wirkung zukäme, wie dem Verfassungstexte selber, scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Es wird niemand behaupten wollen, daß bei einem gewöhnlichen Gesetze dessen Materialien als authentische Interpretationen gesetzliche Kraft besäßen. Dafür, daß es bei den Materialien zum Staatsgrundgesetze — denn als solche müssen die Verträge angesehen werden [1]) — anders sein sollte, liegt kein Grund vor. Die von Haenel behauptete Absicht der Vertragschließenden, den von ihm angeführten Bestimmungen als authentischen Interpretationen die Kraft von Verfassungssätzen beizulegen, ist in dem doch allein maßgebenden Staatsgrundgesetze selber nirgends zum Ausdruck gebracht. Überdies scheinen mir auch die Ausführungen Haenels

[1]) Vgl. die Rede des Abgeordneten Lasker in der I. Session des Deutschen Reichstages am 1. April 1871 (Bezold, III S. 874): „So wird man doch in Zukunft bei jedem durch die Worte nicht ausgetragenen Zweifel das Recht haben, zurückgehen auf die Verträge als auf ein gewisses Aufklärungsmaterial.“

mit seiner Ansicht, „Verfassung" im Art. 78 RV. stehe lediglich für „Verfassungsurkunde", nicht vereinbar zu sein.

Von Interesse dürfte es sein, hier auch einen Blick auf die sächsische Militärkonvention zu werfen. Dieser am 7. Februar 1867 zwischen dem Könige von Sachsen und dem Könige von Preußen als Bundesfeldherrn — die Verfassung des Norddeutschen Bundes datiert vom 17. April 1867 — geschlossene Vertrag [1]) ist in der Reichsverfassung nirgends erwähnt. Folgt hieraus auch unzweifelhaft, daß die Bestimmungen der Konvention den Charakter von Verfassungsrecht nicht besitzen, daß also, falls ihr Inhalt mit dem Staatsgrundgesetze vom 16. April 1871 irgend wo in Widerspruch stehen sollte, lediglich letzteres Anwendung findet, so ergibt sich andererseits kein Anhalt dafür, daß die Geltung der Konvention durch die Reichsverfassung in irgend einer Weise beeinflußt worden wäre. Die Wirksamkeit des Vertrages vom 7. Februar 1867 ist vielmehr, wie durch die Praxis bestätigt wird, auch nach der Gründung des Deutschen Reiches dieselbe wie früher geblieben. Wenn übrigens die Konvention den Kaiser zu einem bestimmten Gebrauche der ihm nach der Reichsverfassung in sein freies Ermessen gestellten Befugnisse verpflichtet, so ist hierin ein Widerspruch mit dem Staatsgrundgesetze vom 16. April 1871 nicht zu finden [2]).

Schwierigkeiten für unsere Untersuchung bietet die Anführung von § 5 des Wahlgesetzes vom 31. Mai 1869 [3]) im Art. 20 RV., von dem Laband [4]) mit Recht sagt, seine Redaktion wäre gründlich mißlungen. Art. 20 RV. lautet:

---

[1]) Abgedruckt bei Triepel, Quellensammlung zur Deutschen Reichsverfassung, 1901, S. 20 f.

[2]) Der hier vertretenen Ansicht über die sächsische Militär-Konvention sind: Seydel, S. 382 f.; Laband, Staatsrecht, IV S. 29 f. a. A.; Haenel, Staatsrecht, S. 192 Anm. 5; Tepelmannn, 47; Zorn, II S. 527 f.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 728 Anm. 6. Darüber, daß die sächsische Militärkonvention unabhängig von der Verfassung in Geltung geblieben ist vgl. auch die Rede des Abgeordneten Waldeck im konstituierenden Norddeutschen Reichstage von 1867 bei der allgemeinen Diskussion über das Bundeskriegswesen am 1. April 1867, Bezold, II S. 281.

[3]) Binding, S. 215.

[4]) Laband, in Hirth's Annalen des Deutschen Reiches 1874, S. 1512 Anm. 1.

Bis zu der gesetzlichen Regelung, welche im § 5 des Wahlgesetzes vom 31. Mai 1869 (Bundesgesetzblatt 1869 S. 145 ff.) vorbehalten ist, werden in Bayern 48, in Württemberg 17, in Baden 14, in Hessen südlich vom Main 6 Abgeordnete gewählt, und beträgt demnach die Gesamtzahl der Abgeordneten 382.

Dieser Art. 20 RV. ist gar nicht zu verstehen ohne Kenntnis des § 5 des Wahlgesetzes, welcher sagt:

> In jedem Bundesstaate wird auf durchschnittlich 100000 Seelen derjenigen Bevölkerungszahl, welche den Wahlen zum verfassungsgebenden Reichstage zu Grunde gelegen hat, ein Abgeordneter gewählt. Ein Überschuß von mindestens 50000 Seelen der Gesamtbevölkerung eines Bundesstaates wird vollen 100000 Seelen gleich gerechnet. In einem Bundesstaate, dessen Bevölkerung 100000 Seelen nicht erreicht, wird Ein Abgeordneter gewählt.
>
> Demnach beträgt die Zahl der Abgeordneten 297 und kommen auf . . . . (es folgt die Zahl der Abgeordneten für jedes Mitglied des Norddeutschen Bundes).
>
> Eine Vermehrung der Zahl der Abgeordneten infolge der steigenden Bevölkerung wird durch das Gesetz bestimmt.

Man ersieht hieraus, daß der § 5 des Wahlgesetzes und Art. 20 Abs. 2 RV. ein untrennbares Ganzes bilden, daß Art. 20 Abs. 2 RV. lediglich eine Ergänzung des § 5 des Gesetzes vom 31. Mai 1869 ist, und es muß daher § 5 des Wahlgesetzes gleichfalls als verfassungsrechtlich angesehen werden. Es wäre doch ein Unding, wenn die Zahl der Abgeordneten für die neu eingetretenen süddeutschen Staaten durch Verfassungsgesetz, diejenige der Staaten des Norddeutschen Bundes aber durch einfaches Gesetz festgelegt sein sollte. Daß Art. 20 RV. die Regelung, wie sie im § 5 des Wahlgesetzes vorgesehen ist, auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung erfolgen läßt, kann an dem verfassungsrechtlichen Charakter der beiden Bestimmungen nichts ändern[1], da es sich lediglich um die Vermehrung der Zahl der Abgeordneten handelt, während jede anderweitige Änderung, wie oben bereits erwähnt, unter Beobachtung des Art. 78 RV. vor sich gehen muß.

---

[1]) a. A. Seydel, S. 195.

§ 4.

β) Art. 40 RV.

Einer eingehenderen Betrachtung wegen des Umfanges der Vorschriften, auf die in ihm verwiesen wird, bedarf Art. 40 RV.:

> Die Bestimmungen in dem Zollvereinigungsvertrage vom 8. Juli 1867 bleiben in Kraft, soweit sie nicht durch die Vorschriften dieser Verfassung abgeändert sind und solange sie nicht auf dem im Art. 7, beziehungsweise 78 bezeichneten Wege abgeändert werden.

Der Unklarheit, die auch diesen Artikel auszeichnet, ist man sich bei dessen Abfassung wohl bewußt gewesen [1]). Als nämlich der Abgeordnete Lasker [2]) sich im Reichstage bei der Beratung des badisch-hessischen Vertrages, der bereits den jetzigen Wortlaut des Art. 40 RV. enthielt, darüber beklagte, es sei ihm völlig unklar, was der Ausdruck: „auf dem im Art. 7 bezw. 78 bezeichneten Wege" bedeuten solle, erwiderte der Präsident Delbrück [3]) als Vertreter des Bundesrates, daß die Bestimmungen der in Frage kommenden Zollvereinigungsverträge teils administrativer, teils legislativer und teils verfassungsrechtlicher Natur seien, daß aber von einer Klassifikation wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten Abstand genommen worden wäre; dahin gehende Fragen müßten erledigt werden, wenn ein praktisches Bedürfnis hierzu hervortrete. Von dieser Erklärung nicht befriedigt, sprach der Abgeordnete Miquel [4]) die Erwartung aus, daß dem nächsten Deutschen Reichstage ein Vervollständigungsgesetz vorgelegt werden würde, welches klarstelle, was als Teil der Verfassung und was als einfaches Gesetz anzusehen sei. Bei der Beratung der Deutschen Reichsverfassung ging dann Art. 40 RV. ohne jede Bemerkung durch, die Anregung Miquels blieb ohne Erfolg.

So ist es denn der Wissenschaft überlassen geblieben, den Sinn und die Tragweite des Art. 40 RV zu erforschen. Und die Wissenschaft hat sich der ihr gestellten Aufgabe nicht entzogen, es sind namentlich der Präsident Delbrück selbst in seiner Schrift

---

[1]) Vgl. Delbrück, Der Artikel 40 der Reichsverfassung, 1881, S. 1; Seydel, S. 261 ff.

[2]) Rede in der Sitzung vom 7. Dezember 1870, Bezold, III S. 279.

[3]) Bezold, III S. 280. [4]) Bezold, III S. 281.

über den Art. 40 der Reichsverfassung und Haenel in seinen Studien Band I gewesen, die Klarheit in dem Wirrnis geschaffen haben. Wahrlich keine leichte Arbeit, wenn man berücksichtigt, daß im Art. 1 des Zollvereinigungsvertrages vom 8. Juli 1867 [1]) die Zollvereinigungsverträge vom 22. und 30. März und 11. Mai 1833, vom 12. Mai und 10. Dezember 1835, vom 2. Januar 1836, vom 8. Mai, 19. Oktober und 13. November 1841, vom 4. April 1853 und vom 16. Mai 1865 nebst den zu ihnen gehörenden Separatartikeln aufrecht erhalten worden sind.

Alle diese Bestimmungen haben, soweit sie noch bestehen, durch Art 40 RV. reichsrechtlichen Charakter erhalten. Sie sind aber keineswegs alle Verfassungsrecht geworden, da durch die Bezugnahme in Art. 40 RV. auf Art 7 RV, der seinerseits wieder auf Art 5 und auf Art. 37 RV. verweist, einzelne Normen der Zollvereinigungsverträge die Kraft eines einfachen Gesetzes, anderen die einer Verwaltungsvorschrift beigelegt ist [2]).

Es ist nicht möglich, hier eine Untersuchung darüber anzustellen, welche von den im Art. 40 RV. aufrecht erhaltenen Vorschriften verfassungsrechtlicher, welche einfach gesetzlicher und welche verwaltungsrechtlicher Natur sind. Zu diesem Zwecke müßten alle die erwähnten Bestimmungen einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden, was außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegt. Uns interessiert hier lediglich die Frage, was gehört zur „Verfassung“ im Sinne des Art. 78 RV., und es genügt für uns daher, diejenigen Grundsätze, welche für einen verfassungsrechtlichen Charakter der im Art. 40 RV. zu Reichs-

[1]) Bundesgesetz. Bl. 1867, S. 81 ff., Binding, S. 112 ff.

[2]) So: Haenel, Studien, I S. 125: derselbe, Staatsrecht, S. 395: v. Rönne, II 1 S. 197; Delbrück, S. 4: Frhr. v. Aufseß, Die Zölle und Steuern sowie die vertragsmäßigen auswärtigen Handelsbeziehungen des Deutschen Reiches (zum vierten Male bearbeitet) in Hirth's Annalen 1893, S. 187; G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes, 1894, II, S. 321; derselbe, Staatsrecht, S. 769: Arndt, Kommentar zur Reichsverfassung, 1895, S. 180: derselbe, Staatsrecht, S. 356 ff.; Seydel, S. 265: Laband, Staatsrecht, IV S. 388; v. Jagemann, S. 148: a. A.: Zorn, II S. 721 ff., nach dessen Behauptung die im Art. 40 RV. aufrecht erhaltenen Bestimmungen nur Verfassungsrecht oder Verwaltungsvorschriften sind, da Art. 40 RV. lediglich Art. 7 und Art. 78 RV. in Bezug nehme. Art. 7 verweist doch aber selbst auch auf Art. 5 RV.

recht erklärten Vorschriften sprechen, aufzustellen und hiernach die als integrierende Bestandteile des Staatsgrundgesetzes anzusehenden Bestimmungen herauszusuchen.

Als solche sind zu erachten einmal die Vorschriften der Zollvereinigungsverträge, welche außerhalb der Kompetenz des Reiches liegen und ferner diejenigen, welche die Zuständigkeit des Reiches und der Bundesstaaten von einander abgrenzen[1]).

Nehmen wir nach diesen Gesichtspunkten zunächst eine Prüfung des Vertrages vom 8. Juli 1867 vor.

Es ergeben sich als außerhalb der verfassungsmäßigen Reichskompetenz liegend:

1. Art. 5, I, der das Verbot enthält, innere Steuern von allen mit einer Eingangsabgabe von mehr als 15 Sgr. für den Centner belegten ausländischen Erzeugnissen zu erheben[2]).

2. Art 5, II, §2, der Beschränkungen der Bundesstaaten in Beziehung auf die Gegenstände und auf das Maß der Besteuerung ausspricht[3]).

3. Art. 5, II. § 3, welcher den Grundsatz gleichmäßiger Behandlung bei bestimmten im Bereiche der Vereinsländer zur Erhebung kommenden Abgaben aufstellt[4]).

---

[1]) So: G. Meyer, Verwaltungsrecht, S. 184; derselbe, Staatsrecht, S. 769; Seydel, S. 267; Laband, Staatsrecht, IV S. 389; v. Jagemann, S. 148; Haenel, Studien, I S. 136; derselbe, Staatsrecht, S. 55 modifiziert jedoch seine Ansicht dahin, daß alle diejenigen Bestimmungen, die nur folgerichtige Entwickelungen aus den in der RV. bereits festgestellten Grundsätzen sind, verfaßungsrechtlichen Charakter nicht besitzen.

[2]) So: Delbrück, S. 28; Arndt, Kommentar, S. 186 Anm. 1; derselbe, Staatsrecht, S. 359; Seydel, S. 234; Laband, Staatsrecht, IV S. 389; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 56 Anm. 13 Nr. 1, nach dessen Ansicht obige Bestimmung unter die Kompetenz des Reiches fällt.

[3]) So: Haenel, Studien, I S. 141; derselbe, Staatsrecht, S. 56 f.; Delbrück, S. 29 f.; Arndt, Kommentar, S. 188, Anm. 1. Auch eine Abänderung des Abs. 3 § 2 bedarf der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Form, da es sich hier um eine die Abs. 1 und 2 ergänzende, neu zu schaffende Verfaßungsbestimmung handelt; ebenso, aber aus anderen Gründen, Delbrück, S. 30; Seydel, S. 233; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 680 Anm. 2.

[4]) So: Delbrück, S. 32 ff.; Arndt, Kommentar, S. 188 Anm. 1; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 57, der nur der im § 3 Nr. c enthaltenen Exemtion der Süddeutschen Staaten verfaßungsrechtlichen Charakter zuspricht.

4. Art. 5 II, § 4 a, b, c, der denjenigen Staaten, die eine innere Steuer auf den Kauf oder Verkauf, die Verzehrung, die Hervorbringung oder die Zubereitung eines Konsumtionsgegenstandes gelegt haben, die Befugnis zuspricht, bei der Ausfuhr eines solchen Gegenstandes nach anderen Vereinsstaaten diese Steuer unerhoben zu lassen bezw. den gezahlten Betrag derselben ganz oder teilweise zurückzuerstatten, und die Ausübung dieser Befugnis regelt [1]).

5. Art. 5, II, § 6, der sich mit Bestimmungen über die Erhebung der inneren Steuern und mit den zur Sicherung der Steuererhebung erforderlichen Anordnungen befaßt [2]).

6. Art. 5 II, § 7, welcher Beschränkungen des Besteuerungsrechts der Gemeinden ausspricht [3]).

7. Art. 10 Abs. 2, in welchem gewisse Abgaben und sonstige Bezüge dem privativen Genusse einzelner Regierungen vorbehalten werden mit Ausnahme der Steuern für Branntwein und Bier (Art. 35 RV.) und der Wasserzölle (Art. 54 RV.)[4]).

8. Art. 22, welcher die Erhebung von Chausseegeldern oder anderer statt derselben bestehenden Abgaben, sowie der Pflaster-,

---

[1]) So: v. Rönne, II 1 S. 204 f.: Delbrück, S. 35 f.: Seydel S. 237; Arndt, Staatsrecht, S. 204 f.: a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 56 Anm. 13 Nr. 2, der im § 4 nur eine Anerkennung bezw. Durchführung von verfassungsrechtlichen Grundsätzen erblickt.

Nr. d. des § 4 ist aufgehoben durch das Gesetz vom 19. Juli 1879 (Reichsges. Bl. 1879, S. 259).

[2]) So: Delbrück, S. 38; Haenel, Staatsrecht, S. 56, 680.

Die Bestimmungen über Branntwein sind durch Verzicht der süddeutschen Staaten auf diese ihnen zustehende Exemtion erledigt.

[3]) So: Haenel, Studien, I S. 141 f.: derselbe, Staatsrecht, S. 57, 680, 398; Delbrück, S. 40: Arndt, Staatsrecht, S. 364.

Nach § 13 des Zolltarifgesetzes vom 25. Dezember 1902 (RG. Bl. S. 303) dürfen vom 1. April 1910 ab Abgaben auf Getreide, Hülsenfrüchte, Mehl und andere Mühlenfabrikate, desgleichen auf Backwaren, Vieh, Fleisch, Fleischwaren und Fett für Rechnung von Kommunen und Korporationen nicht mehr erhoben werden und es sind von diesem Zeitpunkte ab die entgegenstehenden Bestimmungen des § 7 für aufgehoben erklärt.

[4]) So: v. Rönne, II 1 S. 205: Delbrück, S. 53; Arndt, Kommentar, S. 193 f.; Seydel, S. 254; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 56 Anm. 13 Nr. 3, nach dessen Auffassung diese Bestimmung unter die Kompetenz des Reiches fällt.

Damm-, Brücken- und Fährgelder oder ähnlicher Abgaben behandelt[1]).

9. Art. 26 Abs. 3, der den Kaufleuten, Fabrikanten und anderen Gewerbetreibenden unter gewissen Umständen Abgabenfreiheit zusichert[2]).

Als die Zuständigkeit des Reiches gegenüber den Bundesstaaten abgrenzend sind aus dem Gesetz vom 8. Juli 1867 anzuführen:

10. Art. 18, S. 1, der über den Vorbehalt des Begnadigungs- und Strafverwandlungsrechtes handelt[3]).

11. Art. 19 Abs. 2 und 3, soweit in diesen Absätzen den Landesregierungen das Recht zur Ernennung der Beamten und Diener bei den Lokal- und Bezirksstellen vorbehalten wird und soweit sie die Behörden, durch welche die Bundesstaaten die Erhebung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Abgaben gleichmäßig auszuüben haben, bestimmen[4]).

---

[1]) So: Haenel, Studien, I S. 143; Delbrück, S. 85 f.; Meyer, Verwaltungsrecht, S. 521 f.; Seydel, S. 236; Laband, Staatsrecht, IV S. 390; v. Jagemann, S. 231; Arndt, Kommentar, S. 200; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 57 Anm. 13 Nr. 6, 623 f., wo er sich dahin berichtigt, daß Art. 22 unter die Reichskompetenz fallen und nur das in Art. 22 ausgesprochene Vorrecht Oldenburgs verfassungsrechtlicher Natur sein soll.

[2]) So: Delbrück, S. 90; scheinbar auch Arndt, Kommentar, S. 201; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 616, nach dessen Auffassung Art. 26 zur Kompetenz des Reiches gehört. Haenel, Staatsrecht, S. 57 Anm. 13 Nr. 7 spricht von dem unbestritten nicht verfassungsrechtlichen Abs. 2 des Art. 26; v. Proebst, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1905, S. 220 Anm. 3 hält Art. 26 und 27 für ersetzt durch Art. 3 und 4 Ziff. 1 und 3 der RV.

[3]) So: Haenel, Studien, I S. 138; v. Rönne, II 1 S. 203; Delbrück, S. 79; Meyer, Verwaltungsrecht, II S. 330; Arndt, Kommentar, S. 198; derselbe, Staatsrecht, S. 359; Laband, Staatsrecht, IV S. 390; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 56 Anm. 13 Nr. 4, der hier Art. 18 als eine Konsequenz aus Art. 39 RV. ansicht und ihm deshalb die verfassungsrechtliche Natur abspricht.

[4]) So: Haenel, Studien, I S. 138, S. 51; Arndt, Staatsrecht, S. 359; Laband, Staatsrecht, IV S. 390; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 57 Anm. 13 Nr. 5, der Art. 19 nur für eine nicht verfassungsrechtliche Spezialisierung und Folgerung aus Art. 36 RV. hält. Allerdings stellt Art. 19 einen Ausfluß der nach Art. 36 RV. den Bundesstaaten zustehenden Ausübung der Zoll- und Steuerverwaltung dar; da es sich aber um eine Abgrenzung der Rechte der Einzelstaaten gegenüber denjenigen des Reiches handelt, so

Damit sind die verfassungsrechtlichen Bestimmungen des Zollvereinvertrages vom 8. Juli 1867 erschöpft[1]). Es wird nun noch festzustellen sein, ob die anderen durch Art. 40 RV. aufrecht erhaltenen Zollvereinigungsvorschriften Bestimmungen enthalten, die als verfassungsrechtlich im Sinne des Art. 78 RV. anzusehen sind.

Von den in Art. 1 des Vertrages vom 8. Juli 1867 angezogenen Verträgen sind nur noch wenig Vorschriften in Kraft[2]). Verfassungsrechtlicher Charakter kann von ihnen beigelegt werden:

1. Art. 6 der Übereinkunft wegen Erhebung einer Abgabe von Salz vom 8. Mai 1867 (Bundesgesetzbl. 1867, S. 49 ff.) in welchem jedem Staate vorbehalten wird, von dem abgabenfreien Salze eine Kontrollgebühr von höchsten 2 Sgr. für den Centner zu erheben.

2. Dem Schlußsatz des § 2 Art. 11 Nr. II des Vertrages vom 16. Mai 1865 (preuß. Gesetz-Sammlung 641 ff., 653), der den Einzelstaaten die Besteuerung eines noch nicht gewöhnlichen Getränkes oder Nahrungsmittels unter bestimmten Voraussetzungen gestattet[3]).

Diese beiden Vorschriften sind noch in Kraft und fallen nicht unter die Kompetenz des Reiches.

---

muß die Bestimmung nach den oben behandelten Grundsätzen als verfassungsrechtlich angesehen werden.

[1]) Als Verfassungsrecht sehen ferner an: Delbrück, S. 89 und scheinbar ebenso v. Rönne, II 1 S. 206: den Art. 25, dieser Art. ist jedoch durch Art. 54 Abs. 4 RV. ersetzt, vgl. Arndt Kommentar, S. 201, Anm. 3, und v. Proebst, Verfassung, S. 220 Anm. 2: ebenso Haenel. Staatsrecht, S. 57: Art. 16 Nr. 1, soweit er die Ermächtigung enthält, ausnahmsweise die Erhebung und Verwaltung der Eingangs- und Ausgangsabgaben der Gemeinschaft und jetzt dem Reiche zu überweisen: diese Ermächtigungsklausel ist aber wie der ganze Art. 16 lediglich einfach gesetzlicher Natur.

[2]) Vgl. v. Rönne, II, 1 S. 194; Meyer, Verwaltungsrecht, II S. 321.

[3]) So: Delbrück, S. 16; a. A. Haenel, Staatsrecht, S. 57 Anm. 13 Nr. 8, 393 Anm. 8. Es handelt sich in dem oben genannten Art. nicht, wie Haenel meint, um eine Maßregel der Steuerverwaltung, die der Abwickelung des Geschäftes der Besteuerung dienen soll, sondern um eine nicht unter die verfassungsmäßige Reichskompetenz fallende Gebühr, wie Delbrück mit Recht bemerkt.

Damit sind m. E. die sämtlichen Bestimmungen, die im Art. 40 RV. aufrecht erhalten sind und zur „Verfassung" im Sinne des Art. 78 RV. gehören, aufgezählt[1]).

Wenn Delbrück[2]) noch weiter sagt, die Vorschriften, welche das Zollkartell vom 11. Mai 1833 über den Bezug der Geldstrafen, Konfiskationserlöse und hinterzogenen Gefälle enthalte, lägen außerhalb des Kreises der Justizgesetze und seien deshalb unzweifelhaft verfassungsrechtlicher Natur, so dürfte dies doch nicht so ganz unzweifelhaft sein; man wird vielmehr annehmen müssen, daß das Reich auch zu solchen Regelungen auf Grund seiner Straf- und Zollgesetzgebungsbefugnis durchaus ermächtigt ist[3]). Ferner vermag ich den Ausführungen Delbrücks[4]), die Bestimmungen der Thüringischen Vereinsverträge vom 10. Mai 1833, 26. November 1852, 3. April 1853 und 27. Juni 1864[5]) über die Organisation der Zoll- und Steuerverwaltung besäßen den Charakter von Verfassungsrecht, nicht beizustimmen. Hinsichtlich der in diesen Verträgen geordneten Materien bestimmt Art. 36 RV., daß die Erhebung und Verwaltung der Zölle und Verbrauchssteuern (Art. 35 RV.) jedem Bundesstaate innerhalb seines Gebietes überlassen bleibt, soweit derselbe sie bisher ausgeübt hat. Art. 36 RV. erkennt demnach lediglich an, daß jene Vereinbarungen trotz der Verfassung vom 16. April 1871 weiter fortbestehen[6]).

---

[1]) So: Delbrück, S. 30.

[2]) Delbrück, S. 32.

[3]) So: Haenel, Staatsrecht, S. 57, Anm. 13 No. 9: anscheinend auch v. Aufseß, S. 259.

[4]) Delbrück, S. 95, 91.

[5]) Vgl. Delbrück, S. 91 Anm. 3.

[6]) So: Haenel, Staatsrecht, S. 407.

Kapitel 2.

Bedeutung von „Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind“, im Art. 78 Abs. 2 RV.

§ 5.

Begriffsbestimmung der im Art. 78 Abs. 2 RV. erwähnten Rechte.

Bei der Redaktion der Reichsverfassung tauchte der Gedanke auf, gewisse Rechte der Einzelstaaten dadurch besonders zu schützen, daß sie nicht durch Majoritätsbeschluß abänderbar sein sollten. Demgegenüber wurde von anderer Seite darauf hingewiesen, daß es eines ausdrücklichen Schutzes der jura singulorum nicht benötige, da es selbstverständlich sei, daß sie nur mit Zustimmung des berechtigten Staates abgeändert werden könnten. Dem nunmehr hervortretenden Wunsche, den Begriff der jura singulorum bestimmt zu definieren, wurde wegen der Schwierigkeit einer derartigen Begriffsbestimmung nicht entsprochen; ein Antrag des Abgeordneten Haenel, in der Reichsverfassung die einem besonderen Schutze unterstellten Rechte der Einzelstaaten namentlich aufzuführen, wurde abgelehnt. Auf diese Weise entstand die gegenwärtige Fassung des Abs. 2 Art. 78 RV. Zuerst fand sich der jetzige Wortlaut in dem Protokolle betr. die Vereinbarung zwischen dem Norddeutschen Bunde, Baden und Hessen über Gründung des Deutschen Bundes und Annahme der Bundesverfassung vom 15. November 1870, wo es unter No. 8 heißt[1]):

> Zu Art. 78 der Verfassung wurde allseitig als selbstverständlich angesehen, daß diejenigen Vorschriften der Ver-

[1]) Stoerk, S. 30; Bindig, S. 168.

fassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind, nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden können.

Von hier aus ist diese Bestimmung in die Verträge mit Württemberg vom 25. November 1870 unter 1 g [1]) und mit Bayern von 23. November 1870 unter Ziffer V [2]) übernommen worden [3]).

Es ist somit auch hier der Wissenschaft ein weiter Spielraum gewährt, es ist ihr überlassen geblieben, festzustellen, welche Rechte Abs. 2 Art. 78 RV. als „Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind", besonders schützt.

Über diesen Punkt sind verschiedene Meinungen aufgestellt. Ich möchte sie in drei Gruppen teilen.

Der sächsische Minister Frhr. v. Friesen äußerte sich am 23. Februar 1872 in seiner Rede vor der sächsischen Kammer der Abgeordneten dahin [4]), daß durch Abs. 2 Art. 78 RV. alle diejenigen Rechte der einzelnen Staaten geschützt würden, die unter den Begriff der jura singulorum fielen. Die Lösung der Frage, was jura singulorum heiße, bliebe dabei nach Friesen der Interpretation überlassen.

Dieser Ansicht steht diejenige von Laband [5]) nahe. Nach ihm enthält der Abs. 2 Art. 78 RV. keine erschöpfende Bestimmung darüber, welche Rechte der Einzelstaaten nicht ohne deren Zu-

---

[1]) Binding, S. 173.

[2]) Stoerk, S. 43; Binding, S. 198.

[3]) Über die geschichtliche Entwickelung des Abs. 2 Art. 78 RV. vgl.: Authentische Erklärungen über die Reservatrechte in Hirth's Annalen 1872 S. 1585 ff.; die Rede des Ministers v. Friesen S. 1616 ff.; Laband, Begriff der Sonderrechte nach deutschem Reichsrecht in Hirth's Annalen 1874 S. 1519 ff.; Loening, Die Sonderrechte der deutschen Staaten und die Reichsverfassung, in Hirth's Annalen 1875 S. 337 ff.; Seydel, S. 420 ff.; Arndt, Staatsrecht, S. 198 f.; Seulen, S. 39 f.; v. Jagemann, S. 229 f.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 595.

[4]) Authentische Interpretationen über die Reservatrechte in Hirth's Annalen 1872 S. 1616 ff.; ebenso: Seydel, S. 421, 425, der die Ansicht von dem Vertragsstandpunkte aus rechtfertigt.

[5]) Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1487 ff., 1524; derselbe, Staatsrecht, I S. 110; ebenso: Delbrück, S. 2 und anscheinend O. Mejer, S. 342 f.

stimmung aufgehoben werden können, sondern nur eine allgemeine Anwendung des Grundsatzes, daß jura singulorum nicht ohne Zustimmung des berechtigten Staates aufgehoben werden können, und das Anerkenntnis, daß dieser Grundsatz auch durch die Bestimmung des Art. 78 Abs. 1 RV. unberührt bleibt. Die einzelnen im Deutschen Reiche bestehenden jura singulorum sucht Laband auf Grund einer eingehenden historischen Untersuchung aufzuzählen.

Im Gegensatz zu diesen beiden, den Abs. 2 Art. 78 RV. sehr weit interpretierenden Auffassungen, schließt sich die herrschende Ansicht eng an den Wortlaut des Verfassungstextes an und versteht unter den im Abs. 2 Art. 78 RV. bezeichneten Rechten nur solche, welche in dem Staatsgrundgesetze vom 16. April 1871 selbst enthalten sind[1]). Die Vertreter dieser Meinung weichen allerdings wiederum in manchen Punkten von einander ab, worauf noch zurückzukommen sein wird.

Gehen wir zunächst zu einer Kritik der angeführten drei Auffassungen des Abs. 2 Art. 78 RV. über.

Die Ausführungen v. Friesen's und Laband's haben vielleicht die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 Art. 78 RV. für sich. Daß die Bestimmung sich gerade zuerst in dem Vertrage mit Baden und Hessen findet, während die Verfassung doch für Hessen gar keine Sonderrechte begründe und für Baden lediglich den im Art. 35 Abs. 2 RV. gemachten Vorbehalt hinsichtlich der Branntwein- und Biersteuer enthalte, ist aber nicht so auffallend, wie Laband[2]) meint, denn die Erklärung hierfür liegt ganz einfach darin, daß es sich um eine Anticipation bayrischer Forderungen handelt[3]). Gegen die beiden erwähnten Ansichten spricht jedoch der Wortlaut des Abs. 2 Art. 78 RV. Die Fassung des ganzen Art. 78 RV. läßt erkennen, daß der Abs. 2 nur eine Ergänzung, eine Erläuterung des Abs. 1 sein soll, daß er eine Ausnahme

---

[1]) So: v. Mohl, das deutsche Reichsstaatsrecht, S. 63: Westerkamp, S. 73 ff.; Haenel, Studien, I S. 189; derselbe, Staatsrecht, S. 817 ff.. 807 ff.; Loening, S. 345 ff.: v. Roenne, II 1 S. 46: Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, II S. 13 ff.: v. Kirchenheim, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1887, S. 284; Zorn, I S. 127 ff.: Duske, S. 35 f.; Arndt, Staatsrecht, S. 199: derselbe, Kommentar, S. 291: Seulen, S. 40; v. Jagemann, S. 229 ff.; Meyer, Staatsrecht, S. 594 Anm. 19.

[2]) Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1519.

[3]) Vgl. Loening, S. 364.

von den regelmäßigen Erfordernissen für eine Änderung unseres Staatsgrundgesetzes darstellen will[1]). Beide Absätze stehen also im engsten Zusammenhange und kann daher, wenn im Abs. 1 „Verfassung" für „Verfassungsurkunde" gebraucht ist, im Abs. 2 unter „Reichsverfassung" doch wohl nichts anderes als die „Verfassung" im Abs. 1, also das Staatsgrundgesetz selbst gemeint sein, natürlich in dem Umfange, den die früheren Erörterungen (§§ 2—4) ergeben haben. Laband gibt dies zwar zu, behauptet aber weiter[2]), Abs. 2 Art. 78 RV. sage nicht, daß es andere jura singulorum als die in der Verfassungsurkunde erwähnten überhaupt nicht gebe oder daß zu ihrer Aufhebung die Zustimmung des berechtigten Staates nicht erforderlich sei. Gewiß sagt dies Abs. 2 Art. 78 nicht; aber die Beweisführung aus der Negative ist nicht zwingend: Abs. 2 sagt positiv, daß er „Vorschriften der Reichsverfassung", also nicht außerhalb dieser stehende Bestimmungen schützen will[3]), und nichts deutet darauf hin, daß es sich hier nur um die Wiederholung eines allgemeinen Prinzipes handelt. Ferner führt Laband für seine Ansicht noch zwei praktische Gründe ins Treffen. Er nimmt den Fall an[4]), daß von dem Reiche, um einen Gesetzesvorschlag durchzubringen, einem Einzelstaate gewisse Zugeständnisse gemacht werden, und meint nun, nach der herrschenden Lehre könnten diese Zugeständnisse dem betreffenden Staate gegen seinen Willen durch einfaches Gesetz wieder entzogen werden. Ein derartiges Vorgehen wäre gewiß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben[5]), und wird schon deshalb im deutschen Reiche nicht vorkommen, wenn auch die formalrechtliche Zulässigkeit behauptet werden möchte; andererseits braucht ja aber der Einzelstaat seine Zustimmung nur davon abhängig zu machen, daß für das ihm ge-

[1]) Vgl. die Reden des württembergischen Justizministers v. Mittnacht im Reichstage und in der württembergischen Kammer der Abgeordneten vom 22. Dezember 1871 und 8. Februar 1872, in Hirth's Annalen 1872 S. 1589 und 1602; Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1523.

[2]) Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1518, 1523.

[3]) Vgl. Zorn, I S. 127.

[4]) Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1523; gegen ihn mit Recht Loening, daselbst 1875 S. 350.

[5]) Den auch für das Staatsrecht so scharf Laband (in der Juristenzeitung Bd. 9 S. 324) vertreten hat.

machte Zugeständnis eine dem Abs. 2 Art. 78 RV. entsprechende Vorschrift in das betreffende Gesetz aufgenommen wird, und er hat sich dann auf diese Weise gegen eine Entziehung seines Rechtes gesichert. Ebenso unbegründet ist die Befürchtung Laband's[1]), es könnte bei der herrschenden Auffassung über den Abs. 2 Art. 78 RV. den Sonderrechten der Einzelstaaten beliebig zu Leibe gegangen werden, wenn der Abs. 2 durch ein dem Abs. 1 Art. 78 RV. entsprechendes Verfassungsänderungsgesetz aufgehoben worden wäre. Dem ist jedoch nicht so; Abs. 2 des Art. 78 RV. kann nicht durch ein nur nach Abs. 1 dieses Artikels zustande gekommenes Gesetz abgeändert werden. Wäre dies der Fall, so würde die ganze Vorschrift des Abs. 2 Art. 78 RV. zwecklos, der in ihm den Sonderrechten zugebilligte Schutz illusorisch sein. Eine derartige völlig nutzlose Bestimmung hätte aber sicherlich in das Staatsgrundgesetz keine Aufnahme gefunden. Namentlich ist aber zu berücksichtigen, daß Abs. 2 Art. 78 RV. doch selbst ein Sonderrecht für die mit Sonderrechten ausgestatteten Staaten enthält, daß er also durch sich selbst geschützt wird[2]).

Nach diesen Ausführungen kommen wir somit zu dem Schlusse, daß Abs. 2 Art. 78 RV. lediglich diejenigen Vorschriften der Verfassungsurkunde[3]) selbst betrifft, welche bestimmte Rechte einzelnen Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit vorbehalten oder übertragen. Art. 78 Abs. 2 RV. spricht nun allerdings nur von einer Abänderung dieser Rechte. Daraus ergibt sich aber logischer Weise, daß in das Staatsgrundgesetz auch ein einen Einzelstaat in dessen Verhältnis zur Gesamtheit bevorzugendes oder belastendes Recht nicht gegen seinen Willen neu aufgenommen werden darf. Es ist deshalb insoweit auch m. E. zwecklos, wenn zwar theoretisch vielleicht richtig, zu behaupten, Abs. 2

[1]) Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1523; ebenso Seydel, S. 490.

[2]) Vgl. Haenel, Studien, I S. 208; Seulen, S. 39; v. Jagemann, S. 235; scheinbar auch Westerkamp, S. 81.

[3]) Also nicht die besonderen Vereinbarungen, welche sich in den Verträgen des Norddeutschen Bundes mit den süddeutschen Staaten befinden, die aber nicht in das Staatsgrundgesetz aufgenommen worden sind, wie Haenel, Studien, I S. 232 ff. und G. Meyer, Staatsrecht, S. 595 ff. u. a. meinen. Richtig: Zorn, I S. 124. Diese Vereinbarungen scheiden von unseren Untersuchungen vollkommen aus, da sie nicht zur Verfassung im Sinne des Art. 78 RV. gehören.

Art. 78 RV. betreffe nicht solche Rechte, die allen einzelnen Bundesstaaten oder jedem einzelnen als solchem nach einem gemeingültigen Verfassungsgrundsatze zukommen[1]), denn wenn diesen Rechten gegenüber einem Bundesstaate eine Ausnahmestellung gegeben werden sollte, so würde dadurch ein Sonderrecht in dessen Verhältnis zur Gesamtheit begründet werden und dazu wäre die Zustimmung des betreffenden Staates notwendig[2]).

§ 6.

Aufzählung der im Abs. 2 Art. 78 RV. geschützten Rechte.

I. Wie bereits angedeutet, sind die Meinungen innerhalb der herrschenden Lehre über den Abs. 2 Art. 78. RV. geteilt. Eine Sonderstellung nehmen Zorn und Meyer[3]) ein, beide wollen die Vorschrift möglichst eng interpretieren, Zorn hält sie sogar in einem geordneten Staatswesen für eine Anomalie bedenklichster Art. Ist nun aber auch zweifellos eine strikte Auslegung des Abs. 2 Art. 78 RV. geboten[4]), so darf man doch dem Fehler der allzu weiten Interpretation gegenüber nicht in denjenigen der zu engen verfallen. So will G. Meyer[5]) unter den bestimmten Rechten einzelner Bundesstaaten nur die Exemtionen von der Reichskompetenz auf Grund bestimmter Vorschriften der Verfassung verstanden wissen. Meyer stützt seine Ansicht auf einen Zusatz zu Abs. 2 Art. 78 RV., der sich in dem Vertrage mit Bayern vom 23. November 1871 unter Nr. V findet. Die angezogene Bestimmung lautet[6]):

„Diejenigen Vorschriften der Verfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis

---

[1]) Vgl. Loening, S. 340.

[2]) Der von Laband ganz allgemeine aufgestellte Satz (Hirth's Annalen 1874 S. 1514), daß kein Staat wider seinen Willen schlechter gestellt oder mehr belastet werden dürfe, als sich aus der gleichmäßigen Anwendung der für alle Staaten geltenden Regel ergebe, kann nicht anerkannt werden vgl. Loening, S. 352.

[3]) Zorn, I S. 130. G. Meyer, Staatsrecht, S. 595 ff.: ihm schließt sich an Brie, Theorie der Staatenverbindungen, S. 105 Anm. 7.

[4]) Vgl. Loening, S. 345.

[5]) G. Meyer, Staatsrecht, S. 595.

[6]) Stoerk, S. 37 f.

zur Gesamtheit festgestellt sind, insbesondere, soviel Bayern angeht, die unter Ziffer III dieses Vertrages aufgeführten Bestimmungen, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden.“

Gewiß ist dieser Zusatz erläuternd, aber nur für den Vertrag mit Bayern vom 23. November 1871, nicht für die Reichsverfassung, denn in diese ist er nicht übergegangen. Gegen die Verwendung des erwähnten Zusatzes zur Interpretation hat ferner Haenel[1]) bereits bemerkt, daß unter No. III des Vertrages mit Bayern keineswegs eine vollständige Aufzählung der Exemtionen Bayerns gegeben sei, da die Befreiung von der Bier- und Branntweinsteuer unter Nr. II stehe. Meyer[2]) hat hierauf entgegnet, daß Nr. III des Vertrages mit Bayern allerdings alle Exemtionen umfasse, die Bayern speciell eingeräumt seien, während die unter Nr. II aufgeführten bereits Baden und Hessen in dem Vertrage vom 15. November 1871 zugestanden gewesen wären. Inwiefern Meyer mit dieser Ausführung seine Behauptung rechtfertigen will, ist mir nicht verständlich. Zur Begründung der Ansicht Meyer's gehört m. E., daß er den Nachweis führt, unter Nr. III des Vertrages mit Bayern seien die sämtlichen Rechte Bayerns aufgeführt, die unter Abs. 2 Art. 78 RV. fallen, und diese Rechte beträfen lediglich Exemtionen von der Reichskompetenz. Diesen Nachweis kann Meyer aber nicht erbringen. Überhaupt wird das „insbesondere“ nach dem in Gesetzen nicht ungewöhnlichen Sprachgebrauche dahin auszulegen sein, daß nur einige Rechte besonders hervorgehoben, keineswegs aber alle durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschützten Rechte aufgezählt werden sollten.

Die Verfassung sagt ja selbst, welche Rechte einem besonderen Schutze unterstellt sind, nämlich „die Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind,“ so daß es für eine andere Umgrenzung dieser Rechte an einem ersichtlichen Grunde fehlt.

---

[1]) Haenel, Studien, I S. 207 Anm. 100.

[2]) G. Meyer, Staatsrecht, S. 535 Anm. 20.

II. Allgemein einig ist man darüber, daß folgende Bestimmungen unter den Abs. 2 Art. 78 RV. fallen[1]):

a) aus der Reichsverfassung selbst:

1. Art. 4 Nr. 1: daß in Bayern die Bestimmungen über die Heimats- und Niederlassungsverhältnisse der Beaufsichtigung des Reiches und der Gesetzgebung desselben nicht unterliegen;

2. Art. 4 Nr. 8: daß in Bayern das Eisenbahnwesen der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des Reiches nur vorbehaltlich der Bestimmung im Art. 46 RV. untersteht;

3. Art. 4 Nr. 10: daß in Bayern und Württemberg auf das Post- und Telegraphenwesen das Recht des Reiches auf Beaufsichtigung und Gesetzgebung nur nach Maßgabe der Bestimmung im Art. 52 RV. Anwendung findet;

4. Art. 35 Abs. 2: Das Recht Bayerns, Württembergs und Badens, die Besteuerung des inländischen Bieres durch Landesgesetz zu regeln (dasselbe gleichfalls im Art. 35 Abs. 2 RV. angegebene Recht bezüglich des Branntweines ist durch den Eintritt der süddeutschen Staaten in die Branntweinsteuergemeinschaft mit dem 1. Oktober 1887 erloschen)[2]), woraus sich die im Art. 36 Abs. 4 RV. ausgesprochene Bestimmung ergibt, daß diese Staaten an dem in die Reichskasse fließenden Ertrage der Steuern von Bier und an dem diesem Ertrage entsprechenden Teile des Aversums, welches von den außerhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze liegenden Gebieten zu zahlen ist, nicht teilhaben;

5. die Schlußbestimmung zu dem Abschnitte XII RV., nach welcher Art. 72 RV. auf die Ausgaben für das bayrische Heer nur insoweit Anwendung findet, als dem Bundesrate und dem Reichstage die Überweisung der für das bayrische Heer erforderlichen Summe an Bayern nachzuweisen ist.

b) Von denjenigen Bestimmungen, die nicht in das Staatsgrundgesetz selbst aufgenommen worden sind, aber zur „Verfassung“

[1]) Vgl. G. Meyer, Staatsrechtliche Erörterungen, S. 72 ff.: derselbe, Staatsrecht, S. 515: Westerkamp, S. 73 ff.; Haenel, Studien I S. 199 ff. 208: derselbe, Staatsrecht, S. 812 ff.; Loening, S. 365 ff.: v. Rönne, II 1 S. 46 f.; Schulze, S. 16, 14 f.: Zorn I, S. 130 f. 119 ff.; Seydel, S. 424 f.: Arndt, Staatsrecht, S. 199: Proebst, Verfassung, S. 110.

[2]) Vgl. jedoch Seydel, S. 245.

im Sinne des Art. 78 RV. gehören, werden unbestritten durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschützt:

α) Aus dem Zollvereinsvertrage vom 8. Juli 1867 (Art. 40 RV.):

6. Art. 5 II § 3: das Recht der süddeutschen Staaten, daß von ihnen keine Übergangsabgaben von Wein und Most beim Übergange über die Grenze des ehemaligen Norddeutschen Bundes erhoben werden dürfen[1]);

7. Art. 22: das Recht Oldenburgs, das Chausseegeld in größerer Höhe als der gemeingültigen zu erheben[2]).

β) Auf Grund der in den Schlußbestimmungen zu den Abschnitten XI und XII RV. enthaltenen Bezugnahme:

8. No. III § 5 des Vertrages mit Bayern vom 23. November 1870;

9. die Militärkonvention mit Württemberg vom 21./25. November 1870.

III. Dagegen ist die Zugehörigkeit zu den unter Abs. 2 Art. 78 RV. fallenden Vorschriften innerhalb der herrschenden Lehre nicht allgemein anerkannt bei folgenden Bestimmungen der RV.:

10. Art. 6: welcher das Stimmrecht der einzelnen Staaten im Bundesrate festsetzt.

Man hat behauptet, daß es sich im Art. 6 RV. um die Durchführung eines allgemeinen Grundsatzes handele, der nur bezüglich Bayerns, dem nach diesem Prinzipe eigentlich 4 Stimmen zukommen würden, durchbrochen worden sei und daher nur für Bayern ein durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschütztes Sonderrecht begründe[3]). Ein derartiger Grundsatz ist aber in der Verfassung nirgends ausgesprochen und läßt sich aus Art. 6 RV. nicht ohne

---

[1]) Vgl. hierzu Seydel, S. 236 f., der in der Sache übereinstimmt, aber die Bestimmung nicht als Gesetz, sondern als Vertrag ansieht.

[2]) Ein gleiches Recht für Schaumburg-Lippe kann als durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschützt nicht zugegeben werden, da dem Vertrage vom 25. September 1851 (vgl. Delbrück, S. 85) nirgends der Charakter von Verfassungsrecht beigelegt worden ist; a. A. Haenel, Staatsrecht S. 814, 624; Zorn, I S. 121; v. Jagemann, S. 231; Meyer, Staatsrecht, S. 769 f.

[3]) So: Haenel, Studien, I S. 201 ff.; derselbe, Staatsrecht, S. 808; G. Meyer, Staatsrecht, S. 597; derselbe, Staatsrechtl. Erörterungen, S. 79; vgl. auch Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1510; Schulze, S. 14; Zorn, I S. 130, 118 ff.

weiteres herleiten[1]). Demnach muß angenommen werden, daß im Art. 6 RV. jedem Staate eine bestimmte Anzahl von Stimmen zugesichert werden soll, die ohne seine Zustimmung nicht geändert werden darf[2]). Die Ausführung Haenels[3]), bei Abänderung der Stimmenzahl eines Bundesstaates würde zugleich eine Verschiebung der Stimmenverhältnisse für die anderen Staaten eintreten, ist m. E. praktisch bedeutungslos, da es doch einem Staate gegenüber gemäß Art. 78 Abs. 1 RV. in der Hand der sämtlichen anderen liegt, eine Änderung des Art. 6 RV. zu verhindern, zum mindesten sich aber, sobald durch die beabsichtigte Änderung die Stimmverhältnisse der anderen Staaten zu ihren Ungunsten sich verschieben würden, die zur Ablehnung des Gesetzes erforderlichen 14 Stimmen im Bundesrate finden dürften.

11. Art. 8 Abs. 2: Das Recht Bayerns auf einen ständigen Sitz in dem Ausschusse des Bundesrates für Landheer und Festungen;

12. Art. 8 Abs. 3: Das Recht Bayerns, Sachsens und Württembergs auf einen ständigen Sitz in dem Ausschusse des Bundesrates für die auswärtigen Angelegenheiten und das Recht Bayerns auf den Vorsitz in diesem Ausschusse.

Während im allgemeinen die zu 11 und 12 genannten Rechte als durch Abs. 2 Art. 78 RV. besonders geschützt angesehen werden[4]), da sie besondere Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit darstellen, ist G. Meyer[5]) anderer Ansicht. Seine Gründe, der hier vertretenen Auffassung stehe die Entstehungsgeschichte des Art. 78 RV., namentlich der Zusatz unter No. V. in dem Vertrage mit Bayern vom 23. November 1871,

---

[1]) Dagegen ist bezüglich der Zahl der Reichstagsabgeordneten in dem zur Verfassung gehörigen § 5 des Wahlgesetzes von 1869 der Grundsatz ausgesprochen, daß auf je 100000 Seelen ein Abgeordneter kommt.

[2]) So: Loening, S. 367; v. Rönne, II 1 S. 46 f.; Seydel, S. 135; Arndt, Staatsrecht, S. 199; v. Jagemann, S. 232.

[3]) Haenel, Studien, I S. 202.

[4]) So: Westerkamp, S. 73 f.; Haenel, Studien, I S. 208; Loening, S. 365; v. Roenne, II 1 S. 46; Schulze, S. 16, 14 f.; Arndt, Staatsrecht, S. 199.

[5]) G. Meyer, Staatsrecht, S. 596; ebenso, ohne Angabe von Gründen, Zorn, I S. 130, 118 f.

entgegen, sind bereits oben (S. 37 f.) zu widerlegen versucht worden und es erübrigt sich daher, hier auf sie einzugehen.

13. Art. 11 Abs. 1: Das Recht der Krone Preußen auf das Bundespräsidium und damit überhaupt auf die sämtlichen Präsidialrechte.

Wenn es praktisch auch gleichgültig ist, ob die Präsidialrechte Preußens dem Schutze des Abs. 2 Art. 78 RV. unterstehen oder nicht, da Preußen infolge seiner 17 Stimmen im Bundesrate jede Verfassungsänderung nach Abs. 1 Art. 78 RV. hindern kann, so muß doch daran festgehalten werden, daß nach dem klaren Wortlaute der Verfassung die Präsidialrechte bestimmte, nur für Preußen in dessen Verhältnis zur Gesamtheit festgesetzte Vorschriften sind, und daher als Sonderrechte nach Abs. 2 Art. 78 RV. angesehen werden müssen [1].

14. Art. 34: Das Recht der Hansestädte Bremen und Hamburg, als Freihäfen außerhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze zu bleiben, bis sie ihren Einschluß in dieselbe beantragen.

Diese Vorschrift darf unbedenklich als durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschütztes Sonderrecht gelten. Während im allgemeinen dieses Sonderrecht anerkannt wird [2], bestreitet es Haenel [3], indem er ausführt: Der Art. 34 RV. werde von dem allein verfassungsrechtlichen Art. 33 RV., welcher den Grundsatz eines einheitlichen deutschen Zoll- und Handelsgebietes enthalte, beherrscht. Die Aufnahme der Hansestädte in dieses Gebiet sei nun aber keine Verfassungsänderung und es genüge daher zu dem Vollzuge des — in Art. 33 RV. ausgesprochenen — Verfassungsgrundsatzes lediglich ein Beschluß des Bundesrates. Nur gegen diesen Beschluß sei den Hansestädten das Schutzmittel in Art. 34 RV. gegeben.

---

[1] So: Loening, S. 365: v. Roenne, II 1 S. 46 f.: Schulze, S. 16, 14: Arndt, Staatsrecht, S. 199: v. Jagemann, S. 231; a. A. Westerkamp, S. 81: Haenel, Studien, I S. 119: Zorn, I S. 130 f.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 597: G. Meyer, Staatsrechtl. Erörterungen, S. 79, der aber zur Aufhebung der Präsidialrechte die Zustimmung Preußens verlangt.

[2] So: Loening, S. 365: v. Roenne, II 1 S. 46 f.; Zorn, I S. 130, 121: G. Meyer, Verwaltungsrecht, II S. 324; derselbe, Staatsrecht, S. 595: Arndt, Staatsrecht, S. 199; vgl. auch die Ausführungen bei Laband in Hirth's Annalen 1874 S. 1508 und Seydel, S. 240.

[3] Haenel, Studien, I S. 200 f.; dagegen aber Haenel, Staatsrecht, S. 814, 674.

Mit diesen Behauptungen hat Haenel insoweit Recht, als er sagt, daß zur Aufnahme der Hansestädte in das gemeinschaftliche Zoll- und Handelsgebiet ein Beschluß des Bundesrates genügt [1]) und daß hierin keine Verfassungsänderung liegt. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, Art. 34 RV. enthalte kein Sonderrecht. Haenel dürfte m. E. einen unrichtigen Weg gehen; er untersucht, auf welche Weise der Art. 34 abgeändert werden kann und zieht daraus den Schluß, daß kein Sonderrecht vorliegt. Fragen wir aber umgekehrt zuerst: liegt im Art. 34 RV. ein Sonderrecht? so wird diese Frage zu bejahen sein, denn es handelt sich unzweifelhaft um eine Vorschrift, durch welche ein bestimmtes Recht einzelner Bundesstaaten den anderen Bundesstaaten gegenüber festgestellt wird. Und dieses Recht kann nicht ohne die Zustimmung von Bremen oder Hamburg abgeändert werden, ein Schutz, der sich nicht aus Art. 34 RV., sondern aus Art. 78 Abs. 2 RV. ergibt. Sollte einer der beiden Hansestädte das Recht, daß gegen ihren Willen ihre Aufnahme in das gemeinschaftliche Zollgebiet nicht erfolgen darf, genommen werden, so würde dazu gemäß Art. 78 Abs. 2 RV. die Zustimmung des betreffenden Staats notwendig sein. Haenel scheint mir das Widerspruchsrecht aus Abs. 2 Art. 78 RV. gegen eine Verfassungsänderung bezüglich des Art. 34 RV. und dasjenige aus Art. 34 RV. gegen einen Bundesratsbeschluß bezüglich einer nicht beantragten Einverleibung nicht auseinander zu halten. Denselben Fehler macht auch Schulze [2]), der infolgedessen zu dem gänzlich widerspruchsvollen Satze kommt, Art. 34 RV. enthalte ein durch Abs. 2 Art. 78 RV. geschütztes Sonderrecht, das aber nicht unter den Abs. 1 Art. 78 RV. falle!

IV. Hiermit sind diejenigen „Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind," m. E. erschöpft [3]).

---

[1]) Der weitaus größte Teil des Gebietes von Hamburg und Bremen ist auch auf Antrag dieser Städte durch Bundesratsbeschluß der gemeinschaftlichen Zollgrenze einverleibt worden. Vgl. Laband, Staatsrecht, IV S. 396 f.

[2]) Schulze, S. 168, 164.

[3]) Die noch weiter von Schulze, S. 14; Haenel, Staatsrecht, S. 813; G. Meyer, Staatsrecht, S. 526 aufgezählten Rechte (namentlich §§ 6, 7

Es könnte sich schließlich noch fragen, ob Art. 1 RV. dem Schutze des Abs. 2 Art. 78 RV. untersteht. Diese Frage ist jedoch zu verneinen, da es sich hier nicht um ein bestimmtes Recht einzelner Staaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit, sondern um ein allen Staaten vollkommen gleichmäßig zustehendes Recht handelt[1]). Darauf, inwiefern trotz dieser Stellungnahme die Existenz der Einzelstaaten geschützt ist, kann hier nicht eingegangen werden.

Selbstverständlich sind endlich durch Abs. 2 Art. 78 RV. diejenigen Bestimmungen geschützt, welche an die Stelle der erwähnten Sonderrechte wiederum als Sonderrechte treten, aber, nach dem bereits klargelegten Grundsatze, nur insoweit als sie in das Staatsgrundgesetz aufgenommen werden, oder sich den Schutz des Art. 78 RV. ausdrücklich beilegen.

Einen dem Art. 78 Abs. 2 RV. analogen Schutz enthalten die Branntweinsteuergesetze von 1887/1895 und 1898, und zwar das Gesetz vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ (Reichsges. Bl. 1887 S. 253 ff., 1895 S. 276 ff.) im § 47 Abs. 2 S. 3 und das Gesetz vom 4. April 1898 (Reichsges. Bl. 1898, S. 159 f.) im Art. II Abs. 2 S. 3, indem auch hier angeordnet ist, daß bestimmte Rechte gewisser Staaten nur mit deren Zustimmung geändert werden dürfen. Die in diesen Bestimmungen ausgesprochene Vergünstigung einiger Staaten beruht jedoch lediglich auf den betreffenden Gesetzen selbst, nicht aber auf der Verfassung. Die Ausführungen Seydels[2]) und v. Jagemanns[3]), den Branntweinsteuergesetzen von 1887 und 1898 komme, obwohl sie sonst gemeine Gesetze seien, doch die Natur von Verfassungsrecht zu, soweit sie das Sonderrecht des Art. 35 RV. umformen, sind daher nicht für richtig zu halten; jene Gesetze entbehren des Schutzes durch Art. 78 RV. vollkommen. Seydel gibt sogar selbst zu, daß die Branntweinsteuergesetze mit

---

Nr. III des Vertrages mit Bayern vom 23. November 1870) fallen nicht unter Abs. 2 Art. 78 RV., weil diese Bestimmungen nicht zur „Verfassung" im Sinne des Art. 78 RV. gehören (vgl. S. 11 f.).

[1]) Vgl. Laband, Staatsrecht, I S. 117; a. A. v. Rönne, I S. 47; Seydel, S. 422, 425; Arndt, Staatsrecht, S. 73.

[2]) Seydel, S. 246.

[3]) v. Jagemann, S. 233.

dem Verfassungstexte nicht zu tun haben. Wenn er trotzdem diese Gesetze als verliehene Sonderrechte dem Schutze des Abs. 2 Art. 78 RV. unterstellt, so setzt er sich mit der von ihm vertretenen Ansicht: „Verfassung" im Art. 78 RV. stehe lediglich für „Verfassungskunde" [1]) in Widerspruch.

[1]) Seydel, S. 416.

Teil II.

Der Vollzug einer Verfassungsänderung nach Art. 78 RV.

Kapitel 1.

Die Erfordernisse des Art. 78 RV.

§ 7.

Der Weg der Gesetzgebung.

Die deutsche Reichsverfassung ist ein Gesetz, und so verlangt sie zu ihrer Abänderung als Grundbedingung im Satz 1 Abs. 1 Art. 78 RV. wiederum ein Gesetz:

> „Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung."

I. Diese Fassung sowie die Stellung des Art. 78 RV. als einzigen des letzten Abschnittes XIV des Staatsgrundgesetzes sprechen dafür, daß die Reichsverfassung lediglich im Wege der Gesetzgebung abänderbar sein soll. Trotzdem wird zu untersuchen sein, ob in der Tat der Weg der Gesetzgebung die einzige Möglichkeit für eine Änderung des Staatsgrundgesetzes[1]) bietet.

1. Zunächst könnte es sich fragen, ob etwa die Bundesregierungen durch einen gemeinsamen Beschluß eine Änderung des Staatsgrundgesetzes herbeizuführen vermögen. Dies ist zu verneinen. Daraus, daß Art. 78 Abs. 1 Satz 1 RV. zu einer Verfassungsänderung ein Gesetz verlangt, ergibt sich unzweifelhaft, daß ein einseitiger Beschluß der im Bundesrate vertretenen

---

[1]) Auf Änderungen des Verfassungszustandes, soweit sie nicht zugleich Änderungen des Textes oder des Inhalts der Verfassungsurkunde sind, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Laband, Die Wandelungen der Deutschen Reichsverfassung. 1895. S. 3.

Regierungen oder ein Vertrag des Reiches und der Einzelstaaten oder der Einzelstaaten untereinander nicht ausreicht, daß vielmehr gemäß Art. 5 RV. die Mitwirkung von Bundesrat und Reichstag unerläßlich ist. Dieser Satz ist in der Literatur nie bestritten worden. Dennoch scheinen mir einige Ausführungen v. Jagemann's[1]) hiermit im Widerspruche zu stehen. v. Jagemann behauptet folgendes: Der Bund sei die Voraussetzung der Verfassung, es entfalle also die Verfassung, wenn der Bund aufgelöst werde; der Bund sei aber durch Vertrag zustande gekommen und jeder Vertrag könne durch den übereinstimmenden Willen derer, die ihn geschlossen haben, wieder aufgelöst werden. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre die — und darauf will v. Jagemann augenscheinlich hindeuten — daß die verbündeten Regierungen, falls sie eine Verfassungsänderung oder ein anderes Gesetz gegen den Willen des Reichstages durchsetzen wollten, das Reich einfach auflösen und einen anderen Bund mit einer neuen Verfassung gründen könnten. Die Unhaltbarkeit der Ansicht liegt auf der Hand. Mag man nun die Verfassung lediglich als Gesetz oder mag man sie als auf einem Vertrage beruhend ansehen, soviel steht jedenfalls fest, daß die Regierungen an die Vorschriften dieses Staatsgrundgesetzes gebunden sind und daß es ein Rechtsbruch wäre, wenn sie sich über die Normen des Gesetzes vom 16. April 1871, welches im Art. 78 für jede Änderung, also auch für die gänzliche Aufhebung, den Weg der Gesetzgebung vorschreibt, einfach hinwegsetzen wollten. Zu einem derartigen Vorgehen dürfte wohl kein Bundesstaat seine Hand bieten! Es muß vielmehr daran festgehalten werden, daß zu jeder Verfassungsänderung die Mitwirkung des Reichstages, der Vertretung des deutschen Volkes, unerläßlich ist. Etwas Gegenteiliges darf man natürlich nicht aus einer vereinzelten Wendung eines Gesetzes folgern. Es heißt zwar im § 2 Abs. 2 des Gesetzes betr. die Vereinigung von Elsaß-Lothringen mit dem deutschen Reiche vom 9. Juni 1871 (Reichsgesetz-Bl. 1871 S. 212): „Die erforderlichen Änderungen und Ergänzungen der Verfassung bedürfen der Zustimmung des Reichstages". Damit ist aber

---

[1]) v. Jagemann, S. 30 f.; gegen ihn Laband, in der deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1904 S. 561 ff.

etwas überflüssiges gesagt, wenn man nicht vielleicht annehmen darf, daß gegenüber § 2 Abs. 1, § 3 des Gesetzes der Anteil des Reichstages an der Regelung der Verhältnisse in Elsaß-Lothringen gegen jeden Zweifel gesichert werden sollte.

2. Des weiteren ist zu erwägen, ob etwa durch Gewohnheitsrecht eine Änderung der Verfassung herbeigeführt werden kann.

Daß Gewohnheitsrecht besteht und daß sich stets neues zu bilden vermag, läßt sich nicht leugnen. Die Frage, in welchem Rangverhältnisse das Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrechte steht, ist eine der ältesten und meist erörterten in der Literatur[1]). Auf die einzelnen Theorien über das Gewohnheitsrecht kann hier nicht eingegangen werden. Soviel darf wohl heute als herrschende Meinung angesehen werden, daß das Gewohnheitsrecht durch stete Übung einer Rechtsüberzeugung entsteht, und daß es seine Kraft aus sich selbst schöpft und nicht etwa von der Staatsgewalt entlehnt[2]). Ist nun die elementare Macht des Gewohnheitsrechts unbegrenzt oder findet sie irgendwo ihre Schranken? Hält man, wie es einige Schriftsteller tun[3]), das Gewohnheitsrecht für eine Kraft, die sich ihren Rang selber nimmt und die durch nichts beschränkt werden kann, so muß man notwendig auch die Konsequenz ziehen, daß, wie jedes andere Gesetz, auch das Staatsgrundgesetz gegen gewohnheitsrechtliche Abänderungen nicht geschützt ist. Die Verfassung selbst schweigt über diese Frage. In der

---

[1]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, I S. 63 ff., 76 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht, I 1895, S. 159 ff., 172 ff.; Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I, 1899; Planck, I S. 34 f.; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900, I S. 37 ff.; von Rotteck und Welcker, Das Staatslexikon, 1862, VI S. 568 ff.; Bruder, Staatslexikon, 1892, II S. 1447 ff.; Seidler, Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte auf dem Gebiete des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts (Festschrift für Unger) 1898, S. 543 ff.; Laband, Staatsrecht, II S. 69 f.; Seulen, S. 58 ff.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 53, 210; und die bei diesen Schriftstellern angegebene Literatur: dazu Posener, das Deutsche Reichsrecht im Verhältniss zum Landesrechte, Heft 3 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Brie, 1900, S. 58.

[2]) Vgl. z. B. Cosack, I S. 38; Planck I S. 35; Seidler, S. 562; Seulen, S. 59.

[3]) Cosack, I S. 38; Planck, I S. 35; Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1880, S. 14 f.; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 334 ff.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 53, 210.

Literatur sind die Ansichten geteilt. Während Laband[1]) aus dem Begriffe des Gesetzes folgert, daß im Prinzipe dem Gewohnheitsrechte eine derogierende Kraft überhaupt nicht zukomme, halten andere Schriftsteller, wie Gerber, Meyer und Jellinek die Verfassung durch Gewohnheitsrecht für abänderbar. Allerdings schränkt Gerber seine Ansicht insofern ein, als er von der Abänderbarkeit durch das Gewohnheitsrecht die höchsten Principien der Verfassung, die er aber selbst nicht bestimmen kann, ausgenommen wissen will[2]). Meyer[3]) und Jellinek[4]) führen den Gedanken der derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechts streng durch; sie sind jedoch der Meinung, daß bei genau geregelter Staatsorganisation die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht nur gering ist. Eine bestimmte, dahingehende Behauptung, daß das Gewohnheitsrecht überhaupt nicht imstande sei, die Verfassung zu ändern, wird sich m. E. nicht aufstellen lassen; dem würde auch die Geschichte widersprechen, die deutlich zeigt, daß das Gewohnheitsrecht sich doch stets trotz aller ihm gezogenen Schranken durchzusetzen vermocht hat. Darin muß man aber m. E. Laband beipflichten, daß solange der Staat seinen im Gesetze niedergelegten Willen aufrecht erhält, die Behörden und Untertanen an das Gesetz gebunden sind und daß insoweit eine Abänderung des Gesetzes durch Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist[5]).

Trotzdem kann sich natürlich aber im Gebiete des Staatsrechts auch heutzutage Gewohnheitsrecht entwickeln und es bleibt ihm hier noch ein gewisses Wirkungsfeld. Einmal kann das Gewohnheitsrecht etwa im Gesetzesrechte vorhandene Lücken ausfüllen und ferner kann sich eine bestimmte gewohnheitsrechtliche

---

[1]) Laband, Staatsrecht, II S. 69 f.

[2]) Gerber, S. 14 f.

[3]) Meyer, Staatsrecht, S. 53, 210.

[4]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 334 ff.

[5]) So: Laband, Staatsrecht, II S. 69 f.; auch Seydel, S. 118; vgl. dagegen Seidler, S. 566. Seulen dürfte nicht konsequent sein, wenn er S. 58 überschwenglich sagt: „So kann denn das urwüchsige Recht, das aus dem Gefilde der nicht juristischen Tatsachen heranstürmt, unser ganzes Reich aus den Angeln heben, im Siegeslaufe das ganze Verfassungsrecht durchbrechend" und S. 60 fortfährt: „Für das Reich muß in Konsequenz obiger Ausführungen die Möglichkeit, daß Gewohnheitsrechte das Verfassungsrecht ändere, in Abrede gestellt werden."

Handhabung der vorhandenen Gesetze bilden[1]). Somit ist die Möglichkeit gegeben, daß durch gewohnheitsrechtliche Interpretation eine Vorschrift der Verfassung einen anderen als den ursprünglich gemeinten Sinn erhält, oder daß sich das Staatsgrundgesetz ergänzende Sätze neben diesem bilden. Man wird aber in solchen Fällen von einer Änderung der Verfassung nicht sprechen können, da der Verfassungstext stets derselbe bleibt. Direkte Abänderungen des Wortlautes des Staatsgrundgesetzes durch Gewohnheit dürften unter den heutigen Verhältnissen ausgeschlossen sein.

Man hat nun behauptet, die Verfassung sei bereits durch Gewohnheitsrecht geändert, und zwar in zwei Fällen. Einmal soll eine gewohnheitsrechtliche Verfassungsänderung darin liegen[2]), daß seit längerer Zeit eine Reihe von Vorlagen „im Namen des Kaisers" an den Bundesrat gelangen, während nach Art. 7 RV. zu Vorschlägen nur die Mitglieder des Bundes berechtigt seien. Demgegenüber hat bereits Graßmann[3]) nachgewiesen, daß man in diesem Falle von einer Gewohnheit überhaupt noch nicht sprechen könne. Ferner würde aber auch von einer Abänderung des Staatsgrundgesetzes deshalb nicht die Rede sein können, da ein Unterschied zwischen „kaiserlichen" und „preußischen" Vorlagen für das Reich nicht gemacht werden darf. Für das Reich bleibt es gleichgültig, ob die Person des Königs von Preußen in den Vorlagen an den Bundesrat als „König von Preußen" oder als „Deutscher Kaiser" bezeichnet wird[4]). Eine weitere Änderung der Verfassung durch Gewohnheitsrecht soll darin liegen, daß der Bundesrat seit 1883 permanent versammelt geblieben ist[5]). Hiergegen möge nur darauf hingewiesen werden, daß diejenigen,

---

[1]) Laband, Staatsrecht, II S. 69 f.

[2]) So: Jellinek, Recht des modernen Staates, S. 492; Bornhak, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 8, S. 455 ff.: bezeichnend ist es, wenn Bornhak S. 455 sagt, es habe sich Gewohnheitsrecht entwickelt: „so daß man beinahe von einem dem geschriebenen Verfassungsrechte derogierenden Reichsherkommen sprechen kann."

[3]) Graßmann, Der Reichskanzler und das preußische Staatsministerium. Archiv für öffentl. Recht. Bd. 11, S. 309 ff. 338 ff.

[4]) So: Haenel. Studien, II S. 42; Seydel, S. 145; Laband. Staatsrecht, I S. 217; Seulen, S. 61; vgl. auch Laband, Wandelungen der R.-V., S. 19 f.

[5]) Vgl. Arndt, Staatsrecht, S. 97; v. Jagemann, S. 88.

die ein solches Gewohnheitsrecht annehmen, damit stillschweigend erklären, daß der Kaiser das ihm nach Art. 12 RV. zustehende Recht, den Bundesrat zu schließen, nicht mehr ausüben dürfe. Eine derartige Annahme wird aber wohl den Vertretern jener Meinung fern liegen, und damit geben sie ihre Ansicht überhaupt preis.

3. Schwieriger gestaltet sich dagegen die Beantwortung der Frage, ob der Art. 11 RV. eine Handhabe bietet, eine Änderung des Staatsgrundgesetzes auf einem anderen als dem im Art. 78 Abs. 1 RV. vorgeschriebenen Wege, nämlich durch Staatsvertrag, zu bewerkstelligen. Nach Art. 11 RV. ist der Kaiser befugt, im Namen des Reiches Frieden zu schließen, sowie Bündnisse und andere Verträge mit fremden Staaten einzugehen, jedoch mit der im Abs. 3 dieses Artikels ausgesprochenen Beschränkung, daß Verträge mit fremden Staaten, die sich auf solche Gegenstände beziehen, welche nach Art. 4 RV. in den Bereich der Reichsgesetzgebung gehören, zu ihrem Abschluß die Zustimmung des Bundesrates und zu ihrer Giltigkeit die Genehmigung des Reichstages erfordern. Wenn nun bereits bei Verträgen, deren Inhalt in den Bereich der gewöhnlichen Gesetzgebung fällt, die Mitwirkung von Bundesrat und Reichstag notwendig ist, so ergibt sich aus dieser Einschränkung zur Genüge, daß überall da, wo Verträge eine Änderung der Verfassung zur Folge haben sollen, der Art. 78 RV. zur Anwendung kommen muß. Für gewöhnliche Verträge ist, sofern sie eine Verfassungsänderung herbeiführen, die Mitwirkung des Bundesrates und Reichstages auch nicht bestritten. Für Friedensverträge aber wollen eine Reihe von Schriftstellern eine Ausnahme machen und hier dem Kaiser ein gänzlich uneingeschränktes Recht einräumen[1]). Begründet wird diese Ansicht mit dem Wortlaute

[1]) Für die Gleichstellung der Friedensverträge mit anderen Verträgen: Proebst, Die Lehre vom Abschluß völkerrechtlicher Verträge durch das Deutsche Reich und die Einzelstaaten des Reiches, in Hirth's Annalen 1882 S. 241 ff., 291 f.; Zorn, I, S. 507 f.: Seydel, S. 161 f.: Laband, Staatsrecht, II S. 149 (vgl. aber auch I S. 181 f.); anscheinend auch: Gorius, Das Vertragsrecht des Deutschen Reiches, in Hirth's Annalen 1874 S. 759 ff., 768 ff., 1875, S. 531 ff., 538. Für das unbeschränkte Recht des Kaisers bei Friedensverträgen: v. Mohl, Deutsches Reichsstaatsrecht, S. 303; Haenel, Staatsrecht, S. 545; G. Meyer, Staatsrecht, S. 592; derselbe in Hirth's Annalen 1878 S. 369 ff., 381; Rieß, Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften bei Staatsverträgen nach Deutschem Staatsrecht,

des Art. 11 RV.; während es im Abs. 1 heiße: „Krieg zu erklären, Frieden zu schließen, Bündnisse und andere Verträge mit fremden Staaten einzugehen“, sei im Abs. 3 nur die Rede von: „Verträgen mit fremden Staaten“, das Recht, Frieden zu schließen, unterliege daher keiner Beschränkung. Die Fassung des Art. 11 RV. läßt sich aber sehr einfach erklären. Wenn im Abs. 1 dem Kaiser das Recht, Krieg zu erklären, ausdrücklich eingeräumt ist, so ergibt es sich ganz von selbst, daß das Recht, Frieden zu schließen, als zu der Befugnis, Krieg zu erklären, gehörig, besonders erwähnt wird, selbst wenn nachher noch allgemein von Verträgen mit fremden Staaten die Rede ist. Da auch ein Friedensschluß einen Vertrag darstellt, so mußte schon deshalb im Abs. 1 Art. 11 RV. nachher von „und anderen Verträgen“ gesprochen werden; im Abs. 3 dagegen, wo von dem Rechte, Krieg zu erklären, keine Rede mehr ist, brauchte auch das Recht, Frieden zu schließen, nicht mehr besonders erwähnt zu werden, es genügte, einfach von „Verträgen mit fremden Staaten“, unter die ja auch die Friedensverträge fallen, zu sprechen. Aus der Fassung des Art. 11 RV. läßt sich demnach m. E. die Ansicht nicht rechtfertigen, daß die Friedensverträge anders zu behandeln wären als die gewöhnlichen Verträge.

Völlig verfehlt ist es aber m. E., in die hier erörterte Frage politische Erwägungen hinein zu ziehen. Was im Falle eines unglücklich verlaufenen Reichskrieges eintritt, läßt sich theoretisch nicht vorausbestimmen; inwieweit dann die Verfassung beobachtet werden kann, ob sie überhaupt standhält, kann jetzt nicht beurteilt werden. Wenn es einmal dahin kommen sollte, daß uns ein siegreicher Feind die Friedensbedingungen diktiert, so erledigt sich die aufgeworfene Frage von selbst; solange aber das Reich noch in der Lage ist, seine Funktionen auszuüben, kann sich keine Regierung und kein Bundesfürst über die Verfassung hinwegsetzen. Ein Recht, zur Vermeidung von politischen Nachteilen gegen die Verfassung zu handeln, ist nirgends gegeben[1]).

Hiermit dürfte m. E. nachgewiesen sein, daß eine Änderung

---

in **Brie's** Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, Heft 10, 1904, S. 70: **Arndt**, Staatsrecht, S. 72, 713.

[1]) Vgl. z. B. **Laband**, Staatsrecht, II S. 181.

des Staatsgrundgesetzes auf einem anderen Wege als dem der Gesetzgebung ausgeschlossen ist[1]).

II. Was schließlich das Recht der Initiative für derartige Verfassungsänderungsgesetze anlangt, so kann nur festgestellt werden, daß es dasselbe ist wie für jedes andere Gesetz. Der Reichstag ist in dieser Beziehung dem Bundesrate vollkommen gleichgestellt. Allerdings heißt es im Art. 23 RV.: „Der Reichstag hat das Recht, innerhalb der Kompetenz des Reichs Gesetze vorzuschlagen . . .“ und könnte es hiernach scheinen, als ob dies Recht dem Reichstage außerhalb der Kompetenz des Reiches nicht zustande. Dieses Bedenken halte ich jedoch schon durch die Fassung des Art. 78 RV. für erledigt. Denn da eine Erweiterung der Kompetenz selbst, wie wir gesehen haben, innerhalb der Zuständigkeit des Reiches liegt, so muß dem Reichstage ein unbeschränktes Recht, Vorschläge über Verfassungsänderungsgesetze einzubringen, zugestanden werden. Für diese Auslegung spricht außerdem die Entstehungsgeschichte des Art. 78 RV.; denn er ist gerade deshalb an die Stelle eines Satzes im Art. 7 Abs. 2 des Entwurfes der Verfassung des Norddeutschen Bundes getreten, weil die ursprüngliche Anordnung für den Fall der Verfassungsänderung den Reichstag auszuschalten schien. Die Initiative des Reichstages ist denn auch in der Theorie und in der Praxis jetzt allgemein anerkannt[2]). Wollte man aus der Fassung des Art. 23 RV. eine Beschränkung der Initiative des Reichstages herauslesen, so könnte es nur die sein, daß dem Reichstage nicht das Recht zustehen sollte, kompetenzüberschreitende Gesetze ohne ausdrückliche Änderung der Reichsverfassung vorzuschlagen[3]). Eine derartige Beschränkung des Initiativrechts des Reichstages läßt sich jedoch nach dem Wortlaut des Art. 78 RV. nicht aufrecht erhalten, sie dürfte übrigens auch praktisch bedeutungslos sein, da der Bundesrat ja doch jeden Vorschlag, der seine Billigung nicht findet, verwerfen kann.

---

[1]) Vgl. v. Rönne, II 1 S. 32; Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat, 1892, S. 44.

[2]) Vgl. Mohl, Deutsches Reichsstaatsrecht, S. 62; v. Rönne, II 1 S. 20; Arndt, Kommentar, S. 178; Seydel, S. 413, 202; Laband, Staatsrecht, II S. 23 f.; Seulen, S. 35 f.; v. Jagemann, S. 128; G. Meyer, Staatsrecht, S. 584 Anm. 11.

[3]) Über diese Frage siehe weiter unten.

§ 8.

Die 14 Stimmen-Minderheit im Bundesrate.

Während nach Art. 5 RV. für das Zustandekommen eines gewöhnlichen Reichsgesetzes die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse des Bundesrates und des Reichstages erforderlich und ausreichend ist, wird für ein Verfassungsänderungsgesetz nach Art. 78 Abs. 1 Satz 2 RV. noch ein weiteres verlangt, nämlich, daß nicht 14 Stimmen im Bundesrate gegen die beabsichtigte Änderung sind. Kein positives Erfordernis ist aufgestellt, nicht eine gewisse Anzahl von Stimmen im Bundesrate für die Änderung notwendig[1]), sondern es ist negativ gesagt: „Veränderungen der Verfassung gelten als abgelehnt, wenn sie 14 Stimmen im Bundesrate gegen sich haben." Da Preußen allein 17 Stimmen im Bundesrate führt, so kann gegen seinen Willen überhaupt keine Änderung des Staatsgrundgesetzes erfolgen, ebensowenig aber gegen die Stimmen der vereinigten Königreiche Bayern, Württemberg und Sachsen, oder der süddeutschen Staaten (einschließlich Hessen), oder der sämtlichen Kleinstaaten zusammen, da deren Stimmenzahl mehr als 14 beträgt (Art. 6 RV.).

Für die Fragen, die sich an die Bestimmung des Art. 78 Abs. 1 Satz 2 RV. anknüpfen, sei kurz daran erinnert, wie die Vorschrift dieser 14 Stimmen-Minderheit entstanden ist.

In der Verfassung des Norddeutschen Bundes war zur Änderung dieses Grundgesetzes im Art. 78 eine Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen im Bundesrate vorgeschrieben. In dem Vertrage des Norddeutschen Bundes mit Baden und Hessen vom 15. November 1870 wurde die Zweidrittel-Majorität im Art. 78 auf eine Dreiviertel-Majorität erhöht[2]). Von hier aus ging diese Bestimmung in den Vertrag mit Württemberg vom 25. November 1871, Art. 1 unverändert über[3]). Bayern stellte dagegen weiter-

---

[1]) Ein derartiges positives Erfordernis einer ziffernmäßigen Stimmenzahl enthält Art. 110 der hessischen Verfassung vom 17. Dezember 1820, wo bestimmt ist, daß zu Abänderungen und Erläuterungen der Verfassungsurkunde in der zweiten Kammer die Zustimmung von wenigstens 26 Mitgliedern und in der ersten Kammer bei Stimmenmehrheit die Zustimmung von wenigstens 12 Mitgliedern erforderlich ist. Stoerk, S. 253; vgl. auch Fleischmann, Weg der Gesetzgebung, S. 116.

[2]) Binding, S. 161. [3]) Binding, S. 169.

gehende Ansprüche, es verlangte gegenüber gewissen Verfassungsänderungsvorschlagen, namentlich bei etwaigen über den Art. 4 RV. hinausgehenden Kompetenzerweiterungen, ein unbedingtes Veto. Die Verhandlungen führten schließlich dahin, daß Bayern das beanspruchte Vetorecht aufgab und in die jetzige Fassung des Art. 78 Abs. 1 Satz 2 RV. willigte[1]).

Aus dieser Entstehungsgeschichte des Art. 78 Abs. 1 S. 2 RV. zieht Seulen[2]) den Schluß, daß bei Abstimmung über Verfassungsanderungsanträge Vollzähligkeit des Bundesrates geboten sei. Dem kann ich nicht beipflichten. Die Reichsverfassung selbst bietet für die Behauptung Seulen's keinen Anhalt. Hätte man die Vollzähligkeit im Bundesrate als Voraussetzung für die Beschlußfähigkeit im Art. 78 RV. aufstellen wollen, so wäre dies durch einen Zusatz leicht anzudeuten gewesen. Allerdings kann nicht geleugnet werden, daß bei Festlegung der 14 Stimmen-Minorität ursprünglich jedenfalls an Vollzähligkeit des Bundesrates gedacht worden war, zum Ausdruck ist jedoch ein solches Erfordernis in der Verfassung nicht gebracht. Andererseits muß berücksichtigt werden, daß eine dahingehende Bestimmung zu gewissen Härten führen würde. Denn mit der Vollzähligkeit allein wäre noch nichts erreicht, es müßten ja auch die sämtlichen Stimmen instruiert sein, da sie sonst nicht gezählt werden könnten (Art. 7 Abs. 3 RV.). Ein kleiner, mit einer einzigen Stimme ausgestatteter Einzelstaat würde demnach in der Lage sein, durch eine Reihe von Sitzungen die Abstimmung über einen Verfassungsanderungsvorschlag hinzuhalten, vielleicht nur, weil er an dem beabsichtigten Gesetze kein Interesse hat. Bei Nichtteilnahme an einer Abstimmung sofort zur Bundesexekution zu schreiten, wie es Seulen[3]) anscheinend will, dürfte zu weit gegangen sein, da die Erteilung der Instruktion keine „verfassungsmäßige Bundespflicht" ist, bei deren Nichterfüllung Art. 19 RV. die Exekution zuläßt[4]).

---

[1]) Vgl. hierüber v. Rönne, II 1 S. 19 f.: Seydel, S. 416 f.: Duske, S. 23 f.: Arndt, Staatsrecht, S. 189: Seulen, S. 29 f.

[2]) Seulen, S. 30: scheinbar ebenso Duske, S. 24. Vgl. dagegen Seydel, S. 146.

[3]) Seulen, S. 31.

[4]) Laband, Staatsrecht, I S. 219 f.

Es ist also daran festzuhalten, daß zu einer Verfassungsänderung im Art. 78 Abs. 1 RV. nichts weiter erfordert wird als ein Gesetz, gegen welches sich im Bundesrate nicht 14 Stimmen erklärt haben. Dieses Erschwernis gilt selbstverständlich für jede Änderung des Staatsgrundgesetzes. Ob die Änderung eine dauernde oder nur eine zeitweilige sein soll, bleibt sich ganz gleich. Praktisch ist dieser Fall z. B. geworden bei dem Gesetze vom 3. August 1893 (Reichsgesetz-Bl. 1893 S. 233)[1]), welches im Art. II § 1 entgegen dem Art. 59 RV. die Dienstpflicht für gewisse Truppen auf 2 Jahre beschränkt und zwar für die Zeit vom 1. Oktober 1893 bis zum 31. März 1899. Durch Gesetz vom 25. März 1899 (Reichsgesetz-Bl. 1899 S. 213 f.)[2]) ist diese zweijährige Dienstzeit bis zum 31. März 1904 und durch Gesetz vom 22. Februar 1904 bis 31. März 1905 beibehalten[3]). Es dürfte sich m. E. ganz von selbst verstehen, daß bei diesen Gesetzen Art. 78 RV. beobachtet werden mußte. Für eine gegenteilige Annahme gibt das Staatsgrundgesetz nicht den geringsten Anhalt. Würden zeitweilige Abänderungen des Staatsgrundgesetzes keine Erschwernisse erheischen, so wäre damit ein sehr bequemes Mittel gefunden, den Art. 78 RV. zu umgehen, es brauchte ja dann nur jede Verfassungsänderung für eine bestimmte, immer wieder verlängerte Zeit beschlossen zu werden! Schon hieraus ergibt sich, daß die zeitweiligen Abänderungen des Staatsgrundgesetzes genau so zu behandeln sind, wie die dauernden[4]), auch bei ihnen dürfen im Bundesrate nicht 14 Stimmen widersprechen.

Anders verhält sich dagegen die Sache bei Abstimmungen im Bundesrate darüber, ob überhaupt eine Verfassungsänderung vorliegt. Hier, bei der sogen. Vorfrage, handelt es sich lediglich um eine Auslegung des Staatsgrundgesetzes, für welche keinerlei erschwerenden Formen aufgestellt sind[5]). Gegenüber dieser

---

[1]) Triepel, S. 261. [2]) Triepel, S. 286.

[3]) Eine endgültige Regelung enthält das Gesetz betr. Änderung der Wehrpflicht vom 15. April 1905 (Reichsges. Bl. S. 249) im Art. I.

[4]) Ebenso Fleischmann, Weg der Gesetzgebung, S. 115, 118, und die dort Erwähnten.

[5]) Einige Verfassungen treffen auch für Erläuterungsgesetze zu den Staatsgrundgesetzen erschwerende Bestimmungen, so z. B. die Verfassungen: des Königreichs Sachsen vom 4. September 1831 im § 152, Stoerk, S. 136,

allgemein geteilten Ansicht[1]) will Seydel[2]) allerdings auch auf die Vorfrage den Satz 2 Art. 78 Abs. 1 RV. angewendet wissen, aber lediglich deshalb, weil nach seiner Auffassung dies das kleinere Übel ist und auf jeden Fall für ein gesetzliches Verfahren bürgt. Die Verfassung selbst schweigt über die Frage, und es muß daher angenommen werden, daß zu ihrer Entscheidung einfache Stimmenmehrheit im Bundesrate genügt.

Das Veto einer Minorität ist nur für den Bundesrat aufgestellt, nicht auch für den Reichstag. Für diesen schreibt die Verfassung keine besonderen Erschwernisse bei der Abstimmung über Verfassungsänderungsentwürfe vor[3]). Kommt eine Gesetzesvorlage vom Bundesrate an den Reichstag, so hat dieser anzunehmen, daß ordnungsmäßig verfahren worden ist, und lediglich nach seiner Geschäftsordnung zu handeln. Ein Prüfungsrecht der Beschlüsse des Bundesrates ist dem Reichstage nirgends zugesprochen, noch viel weniger läßt sich aus dem Staatsgrundgesetze eine derartige Pflicht herleiten. Auch hat der Reichstag nicht das Recht, seine Zustimmung zu einem Gesetzesentwurfe von dem Nachweise der Erfüllung der Erfordernisse des Art. 78 RV. im Bundesrate abhängig zu machen[4]). Hegt der Reichstag Bedenken, daß ein Gesetzesvorschlag im Bundesrate nicht verfassungsmäßig behandelt worden ist oder behandelt werden wird, so kann er den Entwurf nur ablehnen, nicht aber etwa ihn be-

---

des Großherzogtums Baden vom 22. August 1818 im § 64, Stoerk, S. 220, und des Großherzogtums Hessen vom 17. December 1820 im Art. 110, Stoerk, S. 253 (vgl. S. 54 Anm. 1).

[1]) So: Haenel, Studien, I S. 258 ff.; v. Rönne, II 1 S. 35; Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechtes, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 4 S. 1 ff., 60; Zorn, I S. 431; Duske, S. 27 f.; Laband, Staatsrecht, I S. 260; Arndt, Staatsrecht, S. 95 f.; Seulen, S. 43 f.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 583; v. Proebst, Verfassung, S. 110.

[2]) Seydel, S. 146.

[3]) Daß die Geschäftsordnung des Reichstages zwei Abstimmungen verlange, wie Arndt, Kommentar, S. 291 und mit ihm Duske, S. 31 Anm. 54, meinen, ist irrtümlich; s. die Geschäftsordnung des Reichstages bei Perels, Das autonome Reichstagsrecht, 1903, vgl. auch Seulen, S. 48.

[4]) Der hier vertretenen Ansicht sind Duske, S. 25 f.; Arndt, Staatsrecht, S. 191 f.; a. A. Haenel, Studien, I S. 259 f. ihm schließt sich an v. Rönne, II 1 S. 35.

dingungsweise annehmen. Dagegen ist dem Kaiser ein Prüfungsrecht der Beschlüsse des Bundesrates wie des Reichstages einzuräumen; denn dem Kaiser steht nach Art. 17 RV. die Ausfertigung der Reichsgesetze zu. Bevor er nun diese Ausfertigung vornimmt, hat er die Pflicht, sich zu überzeugen, daß das Gesetz auch verfassungsmäßig zustande gekommen ist[1]).

Kann nun nach der Verkündigung eines Gesetzes durch den Kaiser noch eine weitere Nachprüfung stattfinden?

Wir kommen hiermit zu der in der Literatur vielfach erörterten Streitfrage über das richterliche Prüfungsrecht[2]). Selbstverständlich kann ein Gesetz nur entweder gültig oder ungültig sein und zwar für jedermann, nicht allein für den Richter[3]). Da nun aber die Gerichte allein lediglich dem Gesetze unterworfen[4]) sind, so dürfte hauptsächlich der Richter vor die Möglichkeit gestellt sein, zu erwägen, ob ein Gesetz gültig oder nicht gültig ist.

Abgesehen davon, daß sich der Richter natürlich überzeugen muß, daß das Gesetz, welches er anwenden will, ordnungsmäßig publiziert ist[5]), kann sich eine Prüfung auf zwei Punkte erstrecken,

---

[1]) So: Mohl, Deutsches Reichsstaatsrecht, S. 291 ff., Schulze, S. 119; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 402; Haenel, Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. II, Die organisatorische Entwickelung der deutschen Reichsverfassung, 1888, S. 43 ff.; Brie, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 4 S. 24; Kolbow, Das Veto des deutschen Kaisers, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. 5 S. 73 ff., 105 ff.; Bornhak, Die verfassungsrechtliche Stellung des deutschen Kaisertums, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. 8 S. 425 ff., 460 ff.; Zorn, I S. 415 f.; Duske, S. 27; Frormann, Die Beteiligung des Kaisers an der Reichsgesetzgebung, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. 14 S. 31 ff., 65; Laband, Staatsrecht, II S. 38; Seulen, S. 52 f.; bez. der preuß. Verfassung in teilweise von Laband grundsätzlich abweichender Ausführung: Fleischmann, Weg der Gesetzgebung, S. 69 ff.

[2]) v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I: Staatsrecht und Völkerrecht, 1860, S. 66 ff.; Planck, Die verbindliche Kraft der nicht auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommenen Gesetze und Verordnungen, in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 9 S. 288 ff.; Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 396 ff.; Brie, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 4 S. 51 ff.; Laband, Staatsrecht, II S. 39 ff.; Seulen, S. 53 ff.; G. Meyer, Staatsrecht, S. 630 ff.; und die bei diesen Schriftstellern angeführte Literatur.

[3]) Vgl. Laband, Staatsrecht, II S. 40 f.; Seulen, S. 54.

[4]) Gerichtsverfassungsgesetz § 1.

[5]) Vgl. v. Mohl, Staatsrecht und Völkerrecht, S. 81; v. Rönne, III S. 62; Brie, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 4 S. 52; Laband, Staatsrecht, II S. 40.

einmal darauf, ob das Gesetz verfassungsmäßig entstanden ist, und ferner darauf, ob es einen verfassungsmäßigen Inhalt hat [1]).

Auf welche Weise ein Gesetz zustande kommt, ist in der Reichsverfassung gesagt. Fehlt eines der hier aufgeführten Erfordernisse, so liegt kein Gesetz vor. Nun hat allerdings der Kaiser die Pflicht, ehe er ein Gesetz verkündet, sich zu überzeugen, daß es auf dem in der Verfassung vorgeschriebenen Wege entstanden ist. Eine Meinungsverschiedenheit besteht aber darüber, ob durch die Ausfertigung des Gesetzes durch den Kaiser das verfassungsmäßige Zustandekommen in unanfechtbarer Weise festgestellt wird [2]) oder ob noch eine Nachprüfung durch den Richter möglich ist [3]). Die erstere Ansicht ließe sich m. E. nur dann halten, wenn durch die kaiserliche Publikation jeder dem Gesetze etwa anhaftende Mangel geheilt würde. Eine derartige Behauptung wird aber wohl niemand aufstellen wollen. Soviel muß aber zugegeben werden, daß ein vom Kaiser verkündetes Gesetz die Vermutung des verfassungsmäßigen Entstehens für sich hat. Der Richter darf daher nur im Falle eines erheblichen, von ihm eingehend zu begründenden Zweifels zu einer Nachprüfung schreiten [4]). Daß es außerhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit liegt, daß ein Gesetz vorsätzlich ausgefertigt und verkündet wird, welches nicht auf dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Wege zustande gekommen ist [5]), mag ohne weiteres zugegeben werden, trotzdem bleibt aber der Fall eines Irrtums doch nicht ausgeschlossen. Der Richter wird demnach auch, was hier besonders hervorzuheben ist, nachprüfen dürfen, ob die Erfordernisse des Art. 78 RV. beobachtet worden sind. Dagegen ist m. E.

---

[1]) G. Meyer, Staatsrecht, S. 632 f.

[2]) So: v. Kirchenhein, S. 319; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 402 ff.; Laband, Staatsrecht, II S. 39; v. Jagemann, S. 93; Seulen, S. 54 ff.; auch Arndt, Staatsrecht, S. 585, aber lediglich aus praktischen Gründen.

[3]) So: G. Meyer, Staatsrecht, S. 632.

[4]) So: v. Mohl, Staatsrecht und Völkerrecht, S. 85; v. Rönne, II 1 S. 62; Gerber, S. 161; Brie, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. 4 S. 55 ff. Daß die hier gegebene Grundlage nur eine sehr schwankende ist, liegt auf der Hand; eine festere dürfte sich aber kaum gewinnen lassen.

[5]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 398; Laband, Staatsrecht, II S. 92.

eine richterliche Nachprüfung der sogen. Vorfrage, ob in einem Gesetze eine Verfassungsänderung enthalten ist, nicht zulässig [1]). Die Entscheidung dieser Vorfrage muß den dazu berufenen Organen überlassen bleiben, sie gehört nicht zu den formellen Erfordernissen für ein Gesetz. Ist aber die Frage dahin entschieden, daß eine Verfassungsänderung vorliegt, so darf der Richter nachprüfen, ob dem Art. 78 RV. genügt worden ist. Tatsächlich wird eine derartige Prüfung allerdings meist nicht möglich sein, da die Verhandlungen des Bundesrates nicht öffentlich, die mündlichen sogar geheim zu behandeln sind [2]).

Die weitere Frage, ob dem Richter auch die Möglichkeit gegeben ist, ein Gesetz auf seinen verfassungsmäßigen Inhalt, die Kompetenz, zu prüfen, muß unbedingt verneint werden [3]), da nach dem Staatsgrundgesetze vom 16. April 1871 die Möglichkeit einer indirekten Verfassungsänderung nicht ausgeschlossen ist [4]).

Ein Gesetz, welches verfassungsmäßig zustande gekommen und publiziert ist, hat demnach unangesehen seines Inhalts für jedermann verbindliche Kraft.

§ 9.

Die Zustimmung des berechtigten Staates nach Abs. 2 Art. 78 RV.

Der Abs. 2 Art. 78 RV. fordert zur Abänderung derjenigen Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind, die Zustimmung des berechtigten Staates. Welche Rechte unter Abs. 2 Art. 78 RV. fallen, ist bereits klargelegt [5]). Es wird nun zunächst festzustellen sein, ob zur Abänderung dieser Rechte die Zustimmung des betreffenden Staates allein genügt. Der Abs. 2 des Art. 78 RV. ist nur ein Zusatz, eine Ergänzung zu Abs. 1, beide stehen im engsten Zusammenhange. Hieraus er-

---

[1]) A. A. Brie, im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 4 S. 61, und anscheinend auch Haenel, Studien, I S. 259 ff., 263 ff.

[2]) Rev. Geschäftsordnung des Bundesrates vom 26. April 1880 § 26, abgedruckt bei Triepel, S. 230.

[3]) So: Brie, im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 4 S. 52; G. Meyer, Staatsrecht, S. 633, 635; a. A. Westerkamp, Reichsverfassung, S. 205, Haenel, Studien, I S. 264.

[4]) Vgl. Weiter unten § 10. [5]) Siehe oben § 6 S. 37 ff.

gibt sich, daß bei einer Änderung der im Abs. 2 Art. 78 RV. besonders geschützten Rechte auch Abs. 1 dieses Artikels beobachtet werden muß, es ist außer der Zustimmung des berechtigten Staates ein Reichsgesetz, gegen welches sich im Bundesrate nicht 14 Stimmen erklärt haben, erforderlich[1]). Ein Verzicht allein, mag er ausgesprochen sein, wo er will, genügt zur Aufgabe eines Sonderrechtes nach Art. 78 RV. nicht. Ein Unterschied bezüglich der einzelnen Sonderrechte läßt sich hierin nicht machen. Wenn Haenel[2]) für die Aufgabe der Rechte der Einzelstaaten auf die Patronage zu gewissen Stellen der Post- und Telegraphenverwaltung nach Art. 50 RV., auf die ihnen nach Art. 66 RV. in der Heeresverwaltung vorbehaltenen Funktionen und auf die Freihafenstellung nach Art. 34 RV. einen Vertrag des betreffenden Staates mit dem Reiche für ausreichend erachtet, so kann dies m. E. nur auf solche Rechte Anwendung finden, die nicht in den als „Verfassung" im Sinne Art. 78 RV. anzusehenden Vorschriften enthalten sind. Für die in dem Staatsgrundgesetze niedergelegten Sonderrechte muß daran festgehalten werden, daß sie nur durch Gesetz abgeändert, also auch aufgehoben werden können, und zwar sämtlich, ohne Unterschied. Den Ausführungen v. Jagemanns[3]), der nur für solche Rechte, die ein „bevorrechtendes Maß von Funktionsrechten am Reichsorganismus" enthalten oder die zugleich ein Pflichtverhältnis gegenüber der Gesamtheit darstellen, wie z. B. das Stimmverhältnis im Bundesrate oder das Vorrecht des Bundespräsidiums, den Verzicht allein nicht genügen lassen will, ihn im übrigen aber zur Aufgabe eines Sonderrechts für ausreichend hält, kann ich nicht beipflichten. Wo bietet die Verfassung einen Anhalt für eine derartige Unterscheidung? Der von v. Jagemann vorgebrachte Grund, daß an den erwähnten Rechten alle Glieder des Reiches interessiert seien, ist nicht stichhaltig, da er wohl mehr oder weniger bei allen anderen Sonderrechten gleichfalls zutreffen dürfte. Aber selbst vorausgesetzt, ein Recht würde lediglich einen einzigen Bundesstaat angehen, so könnte sich dieser doch nicht des ihm durch die Verfassung zugesicherten Rechtes durch

---

[1]) Siehe oben, § 8 S. 54 ff.

[2]) Haenel, Staatsrecht, S. 780 f.

[3]) v. Jagemann, S. 238.

einen Verzicht allein entäußern, da ein derartiges Verfahren gegen Art. 78 Abs. 1 RV. verstoßen würde[1]).

Wo und wie die Zustimmung des berechtigten Staates zu erfolgen hat, ist in der Verfassung nicht gesagt. Man ist sich jedoch allgemein darüber einig, daß die Erklärung durch den Vertreter des betreffenden Staates im Bundesrate abgegeben werden muß und daß es genügt, wenn sich bei der Abstimmung über das verfassungsändernde Gesetz die Stimme des berechtigten Bundesstaates unter der zustimmenden Majorität befindet[2]). Daß der Staat, dessen Recht durch das Gesetz betroffen wird, seine Zustimmung im Bundesrate abzugeben hat, folgt einmal schon daraus, daß im Art. 78 RV. das Erschwernis der 14 Stimmen-Minorität nur für den Bundesrat vorgeschrieben ist, es ergibt sich aber mit Sicherheit aus Art. 7 Abs. 3 RV., welcher bestimmt, daß die Beschlußfassung im Bundesrate, „vorbehaltlich der Bestimmungen in den Artikeln 5, 37 und 78, mit einfacher Mehrheit“ erfolgt, da hier der ganze Art. 78, also auch Abs. 2 desselben, in Bezug genommen ist.

Lebhaft umstritten ist dagegen die Frage, ob die Landtage der Einzelstaaten auf die Abstimmung der Bevollmächtigten im Bundesrate einen Einfluß ausüben können oder sogar auszuüben haben. Zorn[3]) vertritt die Meinung, daß bei einem in die Sphäre der Gesetzgebung fallenden Rechte eine Instruktion des Bundesratsvertreters nur auf Grund der erholten Zustimmung der Volksvertretung erteilt werden könne und daß eine Abstimmung des Bevollmächtigten ohne oder wider seine Instruktion nichtig wäre; der Bundesrat müsse daher die Legalität der Instruktion seiner Mitglieder prüfen. Dieser Ansicht kommt am nächsten G. Meyer[4]), nach welchem zwar die Erklärung des Bundesratsbevollmächtigten

---

[1]) Der hier vertretenen Ansicht sind: Westerkamp, Reichsverfassung, S. 81; Laband, Staatsrecht, I S. 112; v. Rönne, II 1 S. 39; vgl. auch Haenel, Staatsrecht, S. 819; derselbe, Studien, I S. 213.

[2]) Vgl. Haenel, Studien, I S. 211 ff.; Westerkamp, Reichsverfassung, S. 81; Schulze, S. 19; v. Rönne, II 1 S. 39; Zorn, I S. 131; Seydel, S. 432; Duske, S. 36 f.; Laband, Staatsrecht, I S. 112; Arndt, Staatsrecht, S. 196; Seulen, S. 41; v. Jagemann, S. 236; G. Meyer, Staatsrecht, S. 597 f.; v. Proebst, Verfassung, S. 110.

[3]) Zorn, I S. 133 ff.; ihm schließt sich an Seulen, S. 41 ff.

[4]) G. Meyer, Staatsrecht, S. 598.

für das Reich ohne weitere Prüfung ausreichend ist, der aber die Regierung vom Standpunkte des Landesrechtes aus für verpflichtet hält, vor Abgabe der Stimme die Meinung des Landtages einzuholen. Laband[1]) hält eine Zustimmung der Landtage der Einzelstaaten zu der Instruktion nicht für erforderlich, ein dies anordnendes Landesgesetz jedoch für zulässig, wenn auch für das Reich bedeutungslos, es könne aber eine Verantwortlichkeit des Ministeriums dem Landtage gegenüber begründen. Haenel[2]) schließlich spricht jedem Landesgesetze, welches das Zustandekommen eines Reichsgesetzes von der vorherigen oder nachträglichen Zustimmung eines Landtages abhängig macht, die Gültigkeit ab, ein derartiges Landesgesetz ist nach seiner Auffassung nichtig.

Die aufgeworfene Frage dürfte im Sinne Laband's zu beantworten sein.

Da die Reichsverfassung im Art. 6 Abs. 3 lediglich bestimmt, daß die Bevollmächtigten zum Bundesrate von den Mitgliedern des Bundes ernannt werden, über das Zustandekommen der Instruktion aber keine Vorschrift enthält, so ist hier dem Landesrechte freier Spielraum gelassen. Es steht also verfassungsrechtlich nichts im Wege, daß ein Landesgesetz bei Erteilung der Instruktion dem Landtage eine Mitwirkung einräumt. Für das Reich hätte aber ein derartiges Gesetz rechtlich keine Bedeutung[3]). In den Art. 5 und 7 RV. ist genau gesagt, in welcher Weise Gesetze und Beschlüsse für das Reich zustande kommen. Von irgend einer Mitwirkung der Landtage der Einzelstaaten ist hierbei nicht die Rede. Ein Landesgesetz, welches den Gang der Reichsgesetzgebung beeinflussen wollte, also mit dem Reichsgrundgesetze in Widerspruch stehen würde, muß, da gemäß Art. 2 S. 1 RV. Reichsrecht das Landesrecht bricht, als nichtig erachtet werden. Nur soweit es sich um die Erteilung der Instruktion handelt, ist die Mitwirkung eines Landtages nicht

---

[1]) **Laband**, Staatsrecht I, S. 112f.; und ebenso: **Westerkamp**, Reichsverfassung, S. 81; v. **Rönne**, II 1 S. 43f.; **Schulze**, S. 19; **Arndt**, Staatsrecht, S. 112 ff.; scheinbar auch **Duske**, S. 38, aber unklar.

[2]) **Haenel**, Staatsrecht, S. 785, derselbe Studien, I S. 219 ff.: ebenso: **Seydel**, S. 425 ff.; v. **Jagemann**, S. 236.

[3]) Vgl. auch v. **Proebst**, Verfassung, S. 110.

ausgeschlossen. Hat jedoch der Bevollmächtigte einmal seine Stimme im Bundesrate abgegeben, mag dies auch ohne oder wider die Instruktion geschehen sein, so ist der betreffende Staat hieran gebunden. Es besteht für den Bundesrat weder ein Recht, viel weniger noch eine Pflicht, die Legalität der Instruktion seiner Mitglieder zu prüfen[1]). Ist aber den Einzellandtagen im allgemeinen kein dem Reiche gegenüber wirksamer Einfluß auf die Instruktion der Bundesratsbevollmächtigten eingeräumt, so kann eine Ausnahme hiervon bezüglich des Abs. 2 Art. 78 RV. nicht gemacht werden, der Wortlaut der Verfassung gibt jedenfalls dazu keine Veranlassung[2]). Selbstverständlich ist daher auch ein Landesgesetz ungültig, welches anordnen wollte, daß ein verfassungsmäßiges Sonderrecht eines Staates nicht ohne die Zustimmung seines Landtages aufgehoben oder abgeändert werden könne. Im Art. 78 RV. sind die Erfordernisse für eine derartige Abänderung eben erschöpfend angegeben: es ist danach nur ein Gesetz notwendig, gegen welches im Bundesrate nicht 14 Stimmen abgegeben worden sind, sowie ferner die im Bundesrate erklärte Zustimmung des berechtigten Staates.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß landesrechtliche Bestimmungen über die Erteilung der Instruktion an den Bundesratsbevollmächtigten zwar gültig, dem Reiche gegenüber aber unwirksam sind, daß hingegen eine Einwirkung der Einzellandtage auf die Reichsgesetzgebung — und jede Verfassungsänderung muß im Wege der Reichsgesetzgebung erfolgen — gänzlich unzulässig, ein dahin zielendes Landesgesetz also nichtig ist.

Praktisch werden übrigens die vorstehenden Erwägungen keine Bedeutung haben, da jedenfalls keine Regierung zu einem Landesgesetze, welches die Instruktion des Bundesratsbevollmächtigten von dem Landtage abhängig machen wollte, ihre Zustimmung erteilen würde. Tatsächlich ist denn auch nirgends ein derartiges Gesetz erlassen worden[3]). Wenn vor Aufgabe des Sonderrechtes

---

[1]) Vgl. Laband, Staatsrecht, I S. 227.

[2]) Inkonsequent ist m. E. Seulen, S. 43, der im allgemeinen ein Landesgesetz, welches für Abstimmungen über Verfassungsgesetze Genehmigung der Einzellegislaturen anordnet, für nichtig hält, aber für Abs. 2 Art. 78 RV. eine Ausnahme macht. Vgl. dagegen Zorn, I S. 132.

[3]) Vgl. Laband, Staatsrecht, I S. 114 Anm. 1, S. 236.

hinsichtlich der Branntweinbesteuerung alle drei süddeutschen Regierungen ihre Landtage befragt haben, so steht dem natürlich nichts entgegen, es bindet aber auch andrerseits die betreffenden Regierungen für die Zukunft in keiner Weise.

Kapitel 2.

Die Form einer Verfassungsänderung.

§ 10.

Es bleibt schließlich noch zu untersuchen, ob sich aus Art. 78 RV. ergibt, welche Form bei einer Änderung des Staatsgrundgesetzes zu beobachten ist.

Der Art. 78 RV. verlangt für eine Verfassungsänderung lediglich ein Gesetz, gegen welches im Bundesrate nicht 14 Stimmen abgegeben worden sind, sowie in gewissen Fällen die Zustimmung eines Einzelstaates. Aus diesen Vorschriften läßt sich ein Anhalt für eine besondere Form des Verfassungsänderungsgesetzes nicht gewinnen. Infolgedessen sind denn auch die Meinungen über das bei Änderungen der Verfassung zu beobachtende Verfahren geteilt.

Sofern es sich allerdings lediglich um eine Abänderung des Textes der Verfassung handelt, ohne daß ein weiteres Gesetz in Frage kommt, können Zweifel nicht entstehen: das nach Art. 78 RV. zustande gekommene Gesetz verfügt die Abänderung des Staatsgrundgesetzes, wie es z. B. in dem Gesetze betr. die Abänderung des Artikel 24 der Reichsverfassung vom 19. März 1888 (Reichsges. Bl. 1888 S. 110) im § 1 (der weitere § 2 bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes) und in dem Gesetze betr. die Abänderung des Artikel 28 der Reichsverfassung vom 24. Februar 1873 (Reichsges. Bl. 1873 S. 45) in dessen einzigem Paragraphen geschehen ist[1]).

Schwieriger gestaltet sich dagegen die Frage, wenn sich die beabsichtigte Verfassungsänderung nicht in einer Änderung des Verfassungstextes erschöpft, sondern noch ein weiteres Gesetz erlassen werden soll.

---

[1]) Vgl. auch unten S. 67 Anm. 4.

Hier sind vier Möglichkeiten vorhanden[1]). Es wird:

1. nach vorheriger Abänderung des Staatsgrundgesetzes unter Beachtung des Art. 78 RV. dann der nunmehr mit der Verfassung im Einklange stehende Gesetzesentwurf zur Abstimmung gebracht[2]) und zwar wie jedes gewöhnliche Gesetz;
2. nur ein dem Art. 78 RV. entsprechendes Gesetz erlassen, welches zugleich auch die Änderung des Verfassungstextes verfügt;
3. nach Erlaß des eine Verfassungsänderung enthaltenden Spezialgesetzes das Staatsgrundgesetz nachträglich in einer dem bereits vorhandenen Gesetze entsprechenden Weise abgeändert, und zwar unter Beobachtung des Art. 78 RV. bei beiden Gesetzen, da es sich bei dem ersten um die materielle, bei dem zweiten um die formelle Abänderung der Verfassung handelt,
4. nur ein dem Art. 78 RV. genügendes Gesetz erlassen, ohne daß eine Änderung des Wortlautes des Staatsgrundgesetzes vorher oder nachher bewerkstelligt wird.

Vergleicht man diese vier Möglichkeiten mit einander, so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß die theoretisch genaueste die zuerst dargestellte ist. Die Verfassung muß als Staatsgrundgesetz eine besondere Achtung erfordern, denn sie bildet gewissermaßen die Grundlage des ganzen Staates. In der Verfassung selbst ist dies dadurch anerkannt, daß zu ihrer Abänderung besondere Erschwernisse aufgestellt sind. Namentlich verlangen der Begriff und die Würde des Staatsgrundgesetzes, daß alle übrigen Gesetze mit ihm übereinstimmen, daß keine Vorschriften erlassen werden, welche seinem Wortlaute widerstreiten[3]).

---

[1]) Vgl. v. Rönne, II S. 33; Seulen, S. 19 f.; Schwartz, Preußische Verfassungsurkunde, S. 337 und die dort angegebene Literatur. Dazu noch Fleischmann, S. 118.

[2]) Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Entwurf zur Abänderung des Verfassungstextes und der Entwurf des Specialgesetzes gleichzeitig eingebracht und beraten werden.

[3]) Vgl. die verschiedenen Ausführungen bei v. Rönne, II 1 S. 33 f.; G. Meyer, Staatsrechtliche Erörterungen, S. 64; derselbe, Staatsrecht, S. 587 Fleischmann, S. 113; Arndt, Staatsrecht, S. 191. Die Auslassungen

So theoretisch richtig aber diese Erwägungen sind, so vermögen sie doch nicht, wie v. Rönne[1]) meint, das oben an erster Stelle dargestellte Verfahren als ein von der Verfassung gefordertes hinzustellen. Grundsätzlich sollte allerdings der Text des Staatsgrundgesetzes geändert werden, ehe zum Erlaß eines nicht auf dem Boden der Verfassung stehenden Spezialgesetzes geschritten wird, die Verfassung schreibt aber ein solches Verfahren nirgends vor[2]). Auch die oben an zweiter und dritter Stelle genannten Formen für Verfassungsänderungsgesetze dürften nicht gerade den Normen der Verfassung widersprechen, da bei ihnen wenigstens die Übereinstimmung des Staatsgrundgesetzes mit den übrigen Gesetzen gewahrt bleibt. Die Praxis hat sich jedoch im allgemeinen der vierten Art des Verfahrens angeschlossen, nämlich der, Änderungen der Verfassung lediglich durch ein dem Art. 78 RV. entsprechendes Gesetz zu bewirken, ohne eine Änderung des Textes vorzunehmen[3]). Nur in neun Fällen ist bisher der Wortlaut des Staatsgrundgesetzes abgeändert worden, im übrigen aber sind die vorgenommenen Veränderungen aus der Verfassung selbst nicht ersichtlich[4]). Auch aus der Publikationsformel läßt sich nicht erkennen, ob das betreffende Gesetz eine Änderung des Staats-

---

Duske's S. 29 scheinen mir mit seinen Erörterungen S. 1 f. nicht im Einklang zu stehen. Vgl. hierzu auch die bei Seulen, S. 67 wiedergegebene Thronrede Kaiser Wilhelm II. vom 25. Juni 1888.

[1]) v. Rönne, II 1 S. 33 f.; ihm schließt sich an Seulen, S. 19 f.

[2]) Vgl. Seydel, S. 418; Duske, S. 29; G. Meyer, Staatsrecht, S. 587.

[3]) Vgl. die zahlreich angeführten Beispiele bei Laband, Staatsrecht, II S. 36.

[4]) Die Verfassungsänderung ist im Texte der Verfassungsurkunde zum Ausdrucke gebracht durch folgende Gesetze:

a) vom 24. Februar 1873 (Reichsges. Bl. 1873, S. 45)
b) vom 3. März 1873 (R. G. Bl. 1873, S. 47)
c) vom 20. Dezember 1873 (R. G. Bl. 1873, S. 379)
d) vom 11. Februar 1888 (R. G. Bl. 1888, S. 11)
e) vom 19. März 1888 (R. G. Bl. 1888, S. 110)
f) vom 26. Mai 1893 (R. G. Bl. 1893, S. 185)
g) vom 14. Mai 1904 (R. G. Bl. 1904. S. 169 f.)
h) vom 15. April 1905 (R. G. Bl. 1905. S. 249),
i) vom 21. Mai 1906 (R. G. Bl. 1906, S. 467).

a—g aufgeführt bei Binding, S. XI; vgl. auch Laband, Staatsrecht, II S. 48; Zorn, I S. 56; Seulen, S. 24. Über die Fälle a und e vgl. oben S. 65.

grundgesetzes enthält. Abgesehen von dem Gesetze vom 21. Juli 1870 betr. eine zusätzliche Bestimmung zum ersten Absatze des Art. 24 der Norddeutschen Bundesverfassung (Bundesges. Bl. 1870, S. 478) in dessen Publikationsformel es heißt: „. . . . nach erfolgter verfassungsmäßiger Zustimmung des Bundesrates und des Reichstages“ ist nämlich ein derartiger, die Beobachtung des Art. 78 RV. andeutender Zusatz nie gemacht worden[1]). Ein Unterscheidungsmerkmal der Verfassungsgesetze von den anderen Gesetzen gibt es demnach nicht.

Trotz aller dieser Mängel kann man aber doch nicht behaupten, daß die im Deutschen Reiche geübte Praxis eine verfassungswidrige sei[2]). Die Reichsverfassung selbst enthält, wie wir gesehen haben, keinerlei Vorschriften für die Form bei Verfassungsänderungen, es steht daher verfassungsmäßig nichts im Wege, daß jede der vier oben aufgezählten Möglichkeiten zur Anwendung kommt. Die Praxis hat das einfachste und bequemste Verfahren gewählt, um so der manchmal vielleicht schwierigen Umwandlung des Verfassungstextes aus dem Wege zu gehen[3]). Allerdings ist m. E. dieser Grund nicht hinreichend, um ein solches, die Bedeutung des obersten Staatsgesetzes nicht würdigendes Verfahren rechtfertigen zu können. Die abfällige Kritik, welche das im Reiche beobachtete Vorgehen fast allseitig erfährt, ist vollkommen berechtigt[4]). Es ist gewiß nicht zu billigen, daß wir infolge der Nichtberichtigungen des Verfassungstextes jetzt ein Staatsgrundgesetz haben, welchem der bestehende Rechtszustand nicht entspricht. Als Beispiel in dieser Beziehung möge nur an Elsaß-Lothringen erinnert werden. Seit bereits mehr als 30 Jahren gehören die Reichslande zum Deutschen Reiche[5]), durch Gesetz vom 25. Juni 1873 (Reichsges. Bl. 1873, S. 101 ff.) ist die Deutsche

---

[1]) Vgl. **Haenel**, Studien, I S. 257 Anm. 8; **Laband**, Staatsrecht, II S. 38 Anm. 1.

[2]) Vgl. **Brie**, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 4, S. 52; **Haenel**, Staatsrecht, S. 786; derselbe, Studien, I S. 258; **Seydel**, S. 418; **Duske**, S. 28 f.; **Arndt**, Staatsrecht, S. 191; **Laband**, Staatsrecht, II S. 35 f. v. **Jagemann**, S. 227 f.

[3]) Vgl. v. **Jagemann**, S. 227.

[4]) Vgl. **Seulen**, S. 24; v. **Jagemann**, S. 227 f.

[5]) Gesetz betr. die Vereinigung von Elsaß-Lothringen mit dem Deutschen Reiche vom 9. Juni 1871 (Reichsges. Bl. 1871, S. 212 ff.).

Reichsverfassung dort eingeführt, aber auch heute wird man noch nicht ein Wort von Elsaß-Lothringen in dem Deutschen Staatsgrundgesetze lesen, obwohl infolge der Einverleibung mehrfach Verfassungsänderungen notwendig geworden sind, z. B. im Art. 1.

Allerdings bestimmt § 2 des Gesetzes vom 25. Juni 1873 betr. die Einführung der Verfassung des Deutschen Reiches in Elsaß-Lothringen (Reichsges. Bl. 1873, S. 161): „Dem im Art. 1 der Verfassung bezeichneten Bundesgebiete tritt das Gebiet des Reichslandes Elsaß-Lothringen hinzu.“ Da aber dieses Gesetz nicht zugleich ausdrücklich die Änderung des Verfassungstextes selbst verfügt[1]), so ist die Änderung des Art. 1 RV. im Verfassungstexte nie berücksichtigt worden.

Dieser sicherlich nicht wünschenswerte Zustand hat außerdem noch andere Mißstände im Gefolge. Nach den obigen Darlegungen finden die Erschwernisse des Art. 78 RV. außer auf die Verfassungsurkunde selbst nur auf solche Bestimmungen Anwendung, für die ausdrücklich angeordnet worden ist, daß sie nur auf dem im Art. 78 RV. bezeichneten Wege abänderbar sein sollen[2]). Infolgedessen entbehren alle jene Änderungen des Staatsgrundgesetzes, welche nicht als Verfassungsbestimmungen kenntlich gemacht sind, wie z. B. auch die durch die Aufnahme von Elsaß-Lothringen erfolgten Veränderungen, des Schutzes des Art. 78 RV. Die verfassungsmäßig geforderte erschwerte Abänderbarkeit der Vorschriften des Staatsgrundgesetzes wird somit illusorisch gemacht. Ein gewiß nicht erfreulicher Zustand, der aber doch, wie wir gesehen haben, nicht gegen die Verfassung verstößt. Daß hingegen die vom Reiche geübte Praxis durch die stete Übung als durch Gewohnheitsrecht anerkannt betrachtet werden muß, wie G. Meyer meint[3]), möchte ich nicht sagen, oder doch höchstens in dem Sinne, daß jene geschehenen Änderungen nicht als rechtswidrig zu be-

[1]) Bei der Beratung dieses Gesetzes ist man sich wohl bewußt gewesen, daß es formell am richtigsten wäre, den Verfassungstext mit dem neuen Gesetz in Einklang zu bringen; man hat jedoch eine neue Redaktion des erst im Jahre 1871 redigierten Staatsgrundgesetzes nicht für wünschenswert erachtet. Vgl. die dem Gesetzentwurfe vom Bundesrate beigegebenen Motive in den Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages, 1873 Bd. III, S. 910 ff.

[2]) Siehe oben S. 15 f.

[3]) G. Meyer Staatsrecht, S. 587; vgl. auch Schneider, S. 19.

trachten, nicht aber auch in dem Sinne, als ob die Praxis auch ohne ein Reichsgesetz sich nicht stets von selbst einem andern Verfahren zuwenden könnte.

Schluß.

Rückblick.

Die hauptsächlichsten Ergebnisse unserer Untersuchung würden sich also folgendermaßen darstellen:

I. Der Satz 1 Abs. 1 Art. 78 RV. hat zu manchen Erwägungen Anlaß geboten.

1. Zunächst wäre, der größeren Deutlichkeit halber eine andere Fassung erwünscht, vielleicht dahin:

> Veränderungen der Vorschriften dieser Verfassungsurkunde erfolgen nur im Wege der Gesetzgebung.

Hiermit würde einmal jeder Zweifel darüber beseitigt, daß es sich im Art. 78 RV. nur um Änderungen des Gesetzes vom 16. April 1871 nebst den in ihm in Bezug genommenen und dadurch zu Bestandteilen der Verfassungsurkunde erklärten Bestimmungen handelt, und andrerseits käme zum Ausdruck, daß eine Änderung des Staatsgrundgesetzes lediglich im Wege der Gesetzgebung, also nicht etwa auf irgend eine andere Weise erfolgen kann.

2. Zu viel schwerer wiegenden Bedenken hat aber das Wort „Verfassung" im Satz 1 Abs. 1 Art. 78 RV. Veranlassung gegeben. Welches Resultat hat die Prüfung der Frage, wie weit die Verfassungsurkunde reicht, zu Tage gefördert? Fassen wir kurz alle diejenigen Vorschriften zusammen, welche außer dem Gesetze vom 16. April 1871 zur „Verfassung" im Sinne des Art. 78 RV. gehören.

Es sind dies:

1. aus dem preußischen Gesetze über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851: die §§ 1—4, 6—13 (Art. 68 RV.)[1];
2. aus dem Postvertrage vom 23. November 1867: der Art. 49 (Art. 52 RV.)[2].
3. aus dem Wahlgesetz vom 31. Mai 1869: der § 5 (Art. 20 RV.)[3];

---

[1]) Vgl. S. 20 f. [2]) Vgl. S. 23 f. [3]) Vgl. S. 27 ff.

4. aus dem Zollvereinigungsvertrage vom 8. Juli 1867: die Art. 5 I, II §§ 2, 3, 4, a, b, c, 6, 7, 10 Abs. 2; 18 Satz 1; 19 Abs. 2 und 3 teilweise, 22 (Art. 40 RV.) [1]);
5. aus dem Vertrage vom 16. Mai 1865, die Fortdauer des Zoll- und Handelsvereins betreffend: der Schlußsatz des § 2 Art. 11 No. II (Art. 40 RV.) [2]);
6. aus der Übereinkunft wegen Erhebung einer Abgabe von Salz vom 8. Mai 1867: der Art. 6 (Art. 40 RV.) [3]);
7. aus dem Bündnisvertrage mit Bayern vom 23. November 1870: der § 5 No. III (Schlußbestimmungen zum Absch. XI und XII RV.) [4]);
8. die Militärkonvention mit Württemberg vom 21./25. November 1870 (Schlußbestimmung zum Absch. XI RV.) [5]).

Ein buntes Bild von Bestimmungen aus verschiedenen Gesetzen und Verträgen, die zu Bestandteilen der Verfassung erklärt sind! Daß unser Staatsgrundgesetz überhaupt durch die vielen Bezugnahmen, die noch dazu teilweise recht zweifelhaft sind, nicht gerade an Deutlichkeit gewinnt, liegt auf der Hand. Und doch müßte Klarheit gerade von einem Staatsgrundgesetze gefordert werden. In seiner jetzigen Fassung ist das Gesetz vom 16. April 1871 nur einem verhältnismäßig kleinen Kreise von Personen verständlich. Was soll sich der nicht gerade publizistisch bewanderte Jurist, oder gar der Nicht-Jurist, der Mann aus dem Volke denken, wenn er z. B. die Art. 20 und 40 RV. liest, wenn er Elsaß-Lothringen überhaupt nicht in der Verfassung findet? Sollte hier keine Abhilfe möglich sein?

Die Gründe für die häufigen Bezugnahmen sind doch hauptsächlich die gewesen — vor allem bei dem am meisten in Betracht kommenden Art. 40 RV. —, daß es bei der Beratung der Verfassung für den norddeutschen Bund bezw. das deutsche Reich an Zeit zu einer eingehenderen Regelung sämtlicher Materien mangelte und daß man das große Einigungswerk nicht durch nur irgend vermeidbare Schwierigkeiten aufhalten wollte. Beide Gründe dürften jetzt fortgefallen sein. Bei einigen Bezugnahmen, z. B. in den Art. 20 und 68 RV. könnte m. E. die Beseitigung ohne großen

[1]) Vgl. S. 21. [2]) Vgl. S. 30. [3]) Vgl. S. 30 f.
[4]) Vgl. S. 21 f. [5]) Vgl. S. 21 f.

Aufwand an Zeit erfolgen. Aber auch in denjenigen Fällen, wo sich größere Schwierigkeiten entgegenstellen, sollte man jetzt die Arbeit nicht scheuen, den in unserem Staatsgrundgesetze herrschenden unklaren Zustand zu beseitigen.

II. Hiermit könnte zugleich einem zweiten Bedürfnisse abgeholfen werden. Haben wir nämlich erst eine einheitliche, nicht durch Bezugnahmen undeutliche Verfassung, so würde es sich wohl erreichen lassen, im Abs. 2 Art. 78 RV. die besonders geschützten Rechte einzeln aufzuführen, denn es dürfte für alle Staaten — höchstens mit Ausnahme von Preußen, das infolge seiner 17 Stimmen im Bundesrate jede Verfassungsänderung hindern kann — von Interesse sein, genau festgestellt zu wissen, welche der ihm verfassungsmäßig zustehenden Rechte nicht gegen seinen Willen abgeändert werden können.

III. Was aber m. E. unserem Staatsgrundgesetze hauptsächlich not tut, sind bestimmte Vorschriften über die Form der Verfassungsänderungsgesetze. Auf die Mängel der jetzt vom Reiche geübten Praxis, verfassungsändernde Gesetze zu erlassen, ohne mit ihnen den Wortlaut des Staatsgrundgesetzes in Übereinstimmung zu bringen, ist bereits hingewiesen. Es ist zu befürchten, daß die schon mehrfach bestehende Unsicherheit darüber, ob überhaupt durch ein Gesetz die Verfassung geändert ist, oder nicht, eine nicht mehr zu beseitigende Ausdehnung gewinnt. Welches Verfahren zur Vermeidung dieser Übelstände in Zukunft einzuschlagen ist, kann dahin gestellt bleiben, nur soviel muß gefordert werden, daß das Staatsgrundgesetz selbst stets den verfassungsändernden Gesetzen entsprechend berichtigt wird. Allerdings wäre auch hierfür zunächst notwendig, die Verfassung nach den bestehenden Reichsgesetzen richtig zu stellen.

IV. Die aus einer Betrachtung des Art. 78 RV. de lege ferenda für unser Staatsgrundgesetz sich ergebenden Forderungen sind also folgende:

a) Der Text der Verfassung wird mit dem geltenden Rechte in Einklang zu bringen sein.

b) Es müssen Vorschriften dahin erlassen werden, daß in Zukunft die Übereinstimmung der Verfassung mit den erlassenen Reichsgesetzen gewahrt bleibt.

c) Die Bezugnahme auf außerhalb des Verfassungstextes stehende Gesetze und Verträge wird nach Möglichkeit zu beseitigen sein.

d) Der Satz 1 Abs. 1 Art. 78 RV. erhält die Fassung:
   Veränderungen der Vorschriften dieser Verfassungsurkunde erfolgen nur im Wege der Gesetzgebung.

e) Im Abs. 2 Art. 78 RV. sind diejenigen Rechte der Einzelstaaten, welche nicht ohne deren Zustimmung abänderbar sein sollen, näher zu kennzeichnen.

Literatur-Verzeichnis.

Arndt: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1901.

Arndt: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Mit Einleitung und Kommentar. Berlin 1895.

Frhr. von Aufseß: Die Zölle und Steuern sowie die vertragsmäßigen auswärtigen Handelsbeziehungen des Deutschen Reiches (zum 4. Male bearbeitet). Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1893 S. 161 ff.

Authentische Erklärungen über die Reservatrechte. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1872. S. 1585 ff.

Bezold: Materialien der Deutschen Reichsverfassung. Berlin 1873.

Binding: Deutsche Staatsgrundgesetze. Bd. I: Die Verfassungen des Deutschen Bundes und des Deutschen Reiches. III. Aufl., Leipz. 1904.

Bornhak: Die vertragsmäßigen Grundlagen der Reichsverfassung. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1892. Bd. 7, S. 329 ff.

Bornhak: Die verfassungsrechtliche Stellung des Deutschen Kaisertums. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1893. Bd. 8, S. 425 ff.

Brie: Der Bundesstaat. Abt. 1: Geschichte der Lehre vom Bundesstaate. Leipzig 1874.

Brie: Zur Lehre von den Staatenverbindungen. Grünhut's Zeitschrift für das private und öffentliche Recht. 1884. Bd. 11, S. 85 ff.

Brie: Theorie der Staatenverbindungen. Breslau 1886.

Brie: Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechtes. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1890. Bd. 5, S. 73 ff.

Bruder: Staatslexikon. Freiburg 1892.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechtes. III. Aufl. Jena 1900.

Delbrück: Der Artikel 40 der Reichsverfassung. Berlin 1881.

Duske: Die Formen und Voraussetzungen einer Verfassungsänderung im Deutschen Reiche gegenüber einer solchen in Preussen. Diss. Erlangen 1897.

Fleischmann: Der Weg der Gesetzgebung in Preußen. Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht herausg. von Brie. Heft 1. 1898.
Fleischmann: Völkerrechtsquellen. Halle 1905.
Friedberg: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. V. Aufl., Leipzig 1903.
Frormann: Die Beteiligung des Kaisers an der Reichsgesetzgebung. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1899. Bd. 14, S. 31 ff.
Gareis: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.
Gerber: Grundzüge des deutschen Staatsrechts. III. Aufl. Leipzig 1880.
Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. I., Leipzig 1895.
Gorius: Das Vertragsrecht des Deutschen Reiches. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1874, S. 759 ff., 1875, S. 531 ff.
Grassmann: Der Reichskanzler und das preußische Staatsministerium. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1896. Bd. 11, S. 309 ff.
Haenel: Studien zum Deutschen Staatsrechte. Bd. I: Die vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung. Leipzig 1873. Bd. II: Die organisatorische Entwickelung der Deutschen Reichsverfassung. Das Gesetz in formellem und materiellem Sinne. Leipzig 1888.
Haenel: Deutsches Staatsrecht. Bd. I. Leipzig 1892.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teile des bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900.
von Holst: Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika. Handbuch des öffentlichen Rechts von Marquardsen. Bd. IV, 1. 3. 1885.
v. Jagemann: Die Deutsche Reichsverfassung. Heidelberg 1904.
Jellinek: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.
Jellinek: Das Recht des modernen Staates. Bd. 1. Allgemeine Staatslehre. Berlin 1900.
von Kirchenheim: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Stuttgart 1887.
Kolbow: Das Veto des Deutschen Kaisers. Archiv für öffentliches Recht von Laband und Stoerk. 1895. Bd. 5, S. 73 ff.
Laband: Begriff der Sonderrechte nach Deutschem Reichsrechte. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1874. S. 1519 ff.
Laband: Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung. Dresden 1895.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. IV. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901.
Laband: Aufsätze in der Deutschen Juristenzeitung (von Laband, Stenglein und Staub), Bd. 9, S. 521 ff. und S. 561 ff.
Loening: Die Sonderrechte der Deutschen Staaten und die Reichsverfassung. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1875. S. 337 ff.
O. Mejer: Einleitung in das Deutsche Staatsrecht. II. Aufl., Freiburg und Tübingen 1884.
Georg Meyer: Staatsrechtliche Erörterungen über die Deutsche Reichsverfassung. Leipzig 1872.

Georg Meyer: Besprechung von P. Laband's Staatsrecht, Bd. III. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel) 1880. S. 337 ff.

Georg Meyer: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. II. Aufl., Leipzig. Bd. I: 1894, Bd. II: 1895.

Georg Meyer: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. VI. Aufl., bearbeitet von Gerhard Anschütz. Leipzig 1905.

Meusel: Kirchliches Handlexikon. Leipzig 1891.

von Mohl: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Bd. I: Staatsrecht und Völkerrecht. Tübingen 1860.

von Mohl: Encyklopädie der Staatswissenschaften. III. Aufl., Tübingen 1872.

von Mohl: Das Deutsche Reichsstaatsrecht. Tübingen 1873.

Perels: Das autonome Reichstagsrecht. Berlin 1903.

Planck: Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1868. Bd. 9, S. 288 ff.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I: II. Aufl., Berlin 1898, Bd. VII: I. und II. Aufl., Berlin 1902.

Posener: Das Deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrechte. Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von Brie. Heft 3. 1900.

von Proebst: Die Lehre vom Abschluß völkerrechtlicher Verträge durch das Deutsche Reich und die Einzelstaaten des Reiches. Annalen des Deutschen Reiches von Hirth (und Seydel). 1882. S. 241 ff.

von Proebst: Die Verfassung des Deutschen Reiches, mit Anmerkungen. III. Aufl., München 1905.

Richter: Lehrbuch des evangelischen und katholischen Kirchenrechts. VIII. Aufl., herausg. von Dove und Kahl, Leipzig 1886.

Riess: Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften bei Staatsverträgen nach Deutschem Reichsrechte. Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrechte, herausg. von Brie. Heft 10. 1904.

von Rönne: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. II. Aufl., Leipzig, Bd. I: 1876, Bd. II: 1877.

Rotteck und Welcker: Das Staatslexikon. III. Aufl., Leipzig 1862.

Schneider: Die Verfassungsgesetze und verfassungsändernden Gesetze in Bayern seit 1818. Diss. Erlangen 1903.

Schulze: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Buch II: Das Deutsche Reichsstaatsrecht. Leipzig 1886.

Schwartz: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. II. Ausg., Breslau 1898.

Seidler: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts. Festschrift zum 70. Geburtstage Sr. Excellenz Dr. Josef Unger von der k. k. Universität Wien. Stuttgart 1898.

Seulen: Verfassungsänderungen nach preußischem und Reichsrechte. Diss. Rostock 1902.
v. Seydel: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. II. Aufl., Leipzig und Freiburg 1897.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1903.
Stoerk: Handbuch der Deutschen Verfassungen. Leipzig 1884.
Tepelmann: Die rechtliche Natur der Militärkonventionen im Deutschen Reiche und ihr Einfluß auf die Einheitlichkeit des Reichsheeres. Diss. Göttingen 1891.
Triepel: Quellensammlung zur Deutschen Reichsverfassung. Leipzig 1901.
Verhandlungen des Reichstages. Stenographische Berichte.
Westerkamp: Über die Reichsverfassung. Hannover 1873.
Westerkamp: Staatenbund und Bundesstaat. Leipzig 1892.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. VIII. Aufl., herausg. v. Kipp Frankfurt 1900.
Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht. III. Aufl. Göttingen 1865.
Zachariae: Die Verfassungsänderung nach Artikel 78 der Norddeutschen Bundesverfassung. Braunschweig 1869.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. II. Aufl., Berlin, Bd. I: 1895, Bd. II: 1897.

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei, in Breslau

Beteiligung des Staates an den Volksschullasten in Preussen

von

Ober-Regierungsrat a. D. Karl Schreiber

Abhandlungen

aus dem

Staats- und Verwaltungsrecht

mit Einschluss des Kolonialrechts

Herausgegeben

von

D. Dr. Siegfried Brie
ord. Professor an der Universität Breslau

Dr. Max Fleischmann
Privatdozent an der Universität Halle

13. Heft

Beteiligung des Staates an den Volksschullasten in Preussen

von

Karl Schreiber
Ober-Regierungsrat a. D.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1907

Beteiligung des Staates an den Volksschullasten in Preussen

von

Karl Schreiber
Ober-Regierungsrat a. D.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1907

Einleitung*)

Bei der Beantwortung der Frage, wie die Kosten der öffentlichen Schulen, also auch der Volksschulen, aufgebracht werden sollen, kommt man zu verschiedenen Resultaten, je nachdem man davon ausgeht, daß die Schulen zur Förderung des öffentlichen Wohles bestimmt seien, oder sie als Einrichtungen betrachtet, die zur Befriedigung von Bedürfnissen dienen sollen, die der Einzelne durch eigene Kraft nicht zu befriedigen im stande sei, oder aber annimmt, sie dienten nur zur Förderung des Privatinteresses der Schüler und deren Eltern. Im ersteren Falle erscheint die Deckung der Schulkosten aus öffentlichen Mitteln gerechtfertigt und unter Umständen geboten, während im anderen Falle die Aufbringung der Kosten durch Beiträge der an der Schule Beteiligten, also durch Schulgeld für recht und billig zu erachten ist. Die gleichzeitige Beachtung beider wohl berechtigten Gesichtspunkte führt zu einem gemischten Systeme d. h. zur Erhebung eines Schulgeldes für Bestreitung eines Teiles der Schulkosten und zur Entnahme der übrigen Kosten aus öffentlichen Mitteln[1]).

Naturgemäß ist die Frage nach der Deckung der Schulkosten in den verschiedenen Zeiten und Staaten verschieden beantwortet worden, je nachdem man sich bei der Stellungnahme zu ihr auf den einen oder anderen der erwähnten prinzipiellen Standpunkte

---

*) Die in dieser Abhandlung so hervorgehobenen Worte dienen nicht als Überschriften für in sich geschlossene Abschnitte, möchten vielmehr bloß als Marginalien gelten.

[1]) Siehe Jolly, Unterrichtswesen, im Handbuch der politischen Oekonomie, herausgegeben von Gustav von Schönberg. 4. Aufl. 1898, 3. Band II. Halbband, S. 489 u. ff., 504, insbesondere S. 508 f. und A. Petersilie, Das öffentliche Unterrichtswesen im deutschen Reiche . . . 1897. Band I S. 133 f., besonders 158 f.

stellte, und je nach der Entwickelung des öffentlichen Rechts in den einzelnen Staaten. Die Beantwortung ist auch verschieden ausgefallen, je nachdem es sich um höhere oder niedere Schulen gehandelt hat. Hier haben wir uns nur mit der Deckung der Kosten der öffentlichen Elementar- oder Volksschulen zu befassen.

Für diese Frage ist die geschichtliche Entwicklung, die die Volksschule in Deutschland genommen hat, von besonderer Bedeutung. Sie beginnt erst mit der Reformation. Die vorher im Mittelalter von den Klöstern und Kirchen unterhaltenen Latein-Schulen, die nur zur Heranbildung des Klerus dienten oder nur auf Unterweisung in der Religionslehre gerichtet waren, waren keine Volksschulen und können auch nicht als Vorläuferinnen der Volksschulen in Betracht kommen. Nach der Reformation erst, und vornehmlich infolge dringender Ermahnungen Luthers zur „Aufrichtung christlicher Schulen in Stadt und Land“, entstanden die Schulen, aus denen sich allmählich unsere Volksschulen entwickelt haben. Die Geistlichen erteilten unter Beihilfe der Küster oder Meßner den Kindern Unterricht, anfangs allerdings nur, um die Kinder in der Religion zu unterweisen, lehrten dabei ihnen Lesen, damit sie den Katechismus und die Bibel lesen konnten, und Schreiben und Rechnen. Hieraus entwickelte sich nach und nach das Landschulwesen zu der kümmerlichen Gestaltung, die es noch im Anfange des vorigen Jahrhunderts namentlich in den östlichen Provinzen einnahm, während das Stadtschulwesen infolge Mitwirkung der Magistrate sich zur erfreulichen Blüte entfaltete.

In katholischen Gegenden folgten die Geistlichen dem in evangelischen Landen gegebenen Beispiele, und der Wetteifer beider Konfessionen kam dem Schulwesen zu gute.

Entwicklung der Schullast in Preußen

Auf diese Weise sind auch in dem uns hier allein beschäftigenden Gebiete des preußischen Staates die öffentlichen Volksschulen entstanden, nämlich aus den von Geistlichen, Kirchengemeinden, kirchlichen Korporationen und von Magistraten der Städte ins Leben gerufenen Schuleinrichtungen verschiedener Art. Von einer Mitwirkung des Staates war dabei keine Rede. Der Kirche und ihren Organen fiel die Hauptleistung zu. Die Kosten der Einrichtung trugen die Eltern der die Schule be-

suchenden Kinder, soweit sie nicht aus kirchlichen Mitteln bestritten oder in Städten auf die Stadtkassen übernommen wurden.

Eine allgemeine gesetzliche Regelung des Schulwesens in Preußen beginnt erst unter Friedrich dem Großen[1]). Von ihm rührt das für die Volksschulen bedeutungsvolle „General-Land-Schul-Reglement“ vom 12. August 1763 her, das für die damalige gesamte Monarchie bestimmt war, und dann auch für die besonderen Verhältnisse der katholischen Schulen Schlesiens mit einigen Änderungen angewandt wurde. Später hat dann das Allgemeine Landrecht im Titel 12 des II. Teiles — von den niederen und höheren Schulen — die allgemeinen Grundsätze über das Volksschulwesen aufgestellt, was aber nicht gehindert hat, daß sich in einzelnen Landesteilen das Volksschulwesen durch provinzielle Schulordnungen in hiervon abweichender Weise entwickelt hat.[2])

Die Volksschulen werden im Allgemeinen Landrechte, wie alle Schulen, zwar zu Veranstaltungen des Staates erklärt (§ 1 II 12. ALR), allein der Staat übernahm nicht ihre Kosten, auch nicht einen Teil derselben, sondern legte deren Aufbringung den Hausvätern des Ortes ohne Unterschied, ob sie Kinder haben oder nicht, auf, und bestimmte, daß sie unter die Hausväter „nach Verhältnis ihrer Besitzungen und Nahrungen billig verteilt“ werden sollten (§ 29 und 31 l. c.). Gegen Erlegung dieser Beiträge sollten die Kinder der Beitragspflichtigen von Entrichtung eines Schulgeldes frei sein (§ 32). Allein diese Bestimmungen sind meist nicht zur Ausführung gekommen, sondern man hat die Kosten der Unterhaltung der Volksschule nach wie vor durch Erhebung eines Schulgeldes von den Eltern der die Schule besuchenden Kinder gedeckt und nur, soweit sie damit nicht bezahlt werden konnten, von den Hausvätern als Schulbeiträge eingezogen. Gutsherrschaften auf dem Lande waren übrigens verpflichtet, ihre Untertanen, die zur Auf-

---

[1]) Über die Bestrebungen Friedrich Wilhelms I. vgl. Bornhak, Das preußische Unterrichtswesen als Staatsanstalt, im Archiv für öffentl. Recht. IV 109 f.

[2]) Überblick über die Bestimmungen bei Loening, Lehrbuch d. d. Verwaltungsrechts 1884, S. 738, 739. Die im folgenden herangezogenen Gesetze finden sich abgedruckt u. a. bei Illing-Kautz, Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte. 7. Aufl. 1898. Band II Abschnitt XL. und bei Pogge, Volksschulgesetze (erläutert) 2. Aufl. 1897.

bringung des Beitrages unvermögend sind, nach Notdurft zu unterstützen und bei Bauten der Schulgebäude (ebenso wie die Magistrate in den Städten) die erforderlichen und hinreichend auf dem Gute, wo die Schule war, gewachsenen oder gewonnenen Materialien unentgeltlich zu verabfolgen (§§ 33, 36).

Die staatsrechtliche Stellung der Schulen in den Landesteilen, in denen das Landrecht nicht zur Geltung gekommen ist, und namentlich auch in den neuen 1866 mit der Monarchie vereinigten Provinzen hat sich in ähnlicher Weise wie in den landrechtlichen Teilen des Staates entwickelt. Die Schulen standen auch dort unter spezieller Aufsicht des Staates, ihre Kosten trug aber nicht der Staat, sie fielen vielmehr auch dort den zur Schule gehörenden Hausvätern oder den politischen oder kirchlichen Gemeinden zur Last, soweit sie nicht durch Schulgeld gedeckt wurden.

Da die landrechtlichen Vorschriften nur subsidiäre Geltung hatten, blieben die provinzialrechtlichen Vorschriften über die Schulunterhaltungspflicht bestehen, und es herrschte daher bezüglich dieser wichtigen Pflicht in der Monarchie eine überaus große Verschiedenheit der Rechtsvorschriften [1]).

Als Träger der Schullasten kann man darnach zwei Hauptgruppen unterscheiden: 1. die bürgerlichen Gemeinden und 2. die Schulsozietäten, gebildet aus allen im Schulbezirk wohnhaften rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Personen mit eigenem Einkommen. Zu diesen gehören nicht die juristischen Personen, Aktiengesellschaften, Fiskus u. s. w., ebenso nicht der Gutsherr und nicht die Forensen.

Die Pflicht der Gutsherren, zu den Schullasten, namentlich zu den Baukosten beizutragen, ist in den verschiedenen Landesteilen verschieden geregelt. Ebenso verschieden ist die Pflicht der kirchlichen Interessenten zur Teilnahme an den Schullasten, namentlich an den Baukosten, bei den sehr zahlreichen mit Kirchendienst verbundenen Schulstellen geregelt, je nach dem in den einzelnen Landesteilen geltenden Staats- und Kirchenrechte. Außerdem bestehen noch in verschiedenen Provinzen Schulen, die ganz von Kirchgemeinden unterhalten werden, auch öffentlich

[1]) Vgl. Seite 3 Anmerkung 2.

jüdische Schulen, deren Kosten die Synagogengemeinden zu tragen haben.

Die bürgerlichen Gemeinden sind nach verschiedenen Gesetzen Träger der Schullasten in Ost- und Westpreußen, in einem Teile von Schlesien und in Hessen-Nassau.

In den übrigen Provinzen liegt die Schullast besonderen Schulsozietäten oder Schulverbänden ob, unter recht verschieden geordneter Teilnahme der Gutsherren namentlich in den östlichen Provinzen, der Kirchengemeinden und Kirchenpatrone an der Lastentragung, und mit großen Verschiedenheiten auch hinsichtlich ihrer Unterverteilung unter die Sozietätsmitglieder. Die Schulunterhaltungspflicht ist in den verschiedenen genannten Rechtsgebieten auch nicht einheitlich geregelt, und in einer Provinz greifen die verschiedenen Verteilungsmaßstäbe oft Platz, so daß es schwer fällt, sich ein genaues Bild von der Ordnung der Schulunterhaltungspflicht zu machen[1]). Es würde zu weit führen, hier eine Zusammenstellung der in den einzelnen Gebieten des Staates geltenden Vorschriften für die Aufbringung und Verteilung der Schullasten zu geben. Sie hätten auch gegenüber dem § 1 des Schulunterhaltungsgesetzes, der einheitlich für den ganzen Staat mit Ausnahme von Westpreußen und Posen (§ 70 des Gesetzes) die Schulunterhaltungspflicht den bürgerlichen Gemeinden und Gutsbezirken auferlegt, nur noch historisches Interesse[2]).

---

[1]) Charakteristisch für die Zerrissenheit des Rechtszustandes ist eine 1898 für die Unterhaltung der Volksschulen in Schlesien getroffene Feststellung. Sie unterscheidet folgende Gruppen:

nach dem katholischen Schulreglement unterhalten zus. 1739	darunter mit abweichenden Normen für die Unterverteilung 871	nach den Bestimmungen des ALR. unterhalten 825
nach besonderer Schulverfassung, Observanz und Herkommen unterhalten 1215	darunter besonders als Kommunalschulen 150	nach dem Landtagsabschied vom 22. Febr. 1829 unterhalten 268

[2]) Eine detaillierte Übersicht über die Art und Weise, wie die Volksschullast in den einzelnen Provinzen der Monarchie bisher geregelt ist, enthalten die den Gesetzentwürfen für die Regelung der Verhältnisse der Volksschulen, die die Minister von Goßler und Graf Zedlitz ihrer Zeit dem Landtage vorgelegt haben, beigefügten Begründungen, und auch die Begründung des Entwurfes zum Ge-

Gemeinsam ist allen diesen verschiedenen Gesetzen und Verordnungen nur der Grundsatz, daß der Staat die Kosten der Schulunterhaltung nicht zu tragen hat, daß ihm aber weitgehende Rechte zur Beaufsichtigung der Schulen und zur Ordnung ihrer inneren und äußeren Gestaltung zustehen. Als Schulaufsichtsbehörde wurden bei der Ordnung der Staatsverwaltung im zweiten Decennium des vorigen Jahrhunderts durch die Regierungsinstruktion vom 23. Okt. 1817 eine Abteilung der Königlichen Regierungen, die später den Titel für Kirchen- und Schulwesen erhielt, bestellt [1]). Ihr gebührt nach der Instruktion die Verwaltung aller Schulangelegenheiten, welche nicht dem Konsistorium ausdrücklich übertragen werden, daher: die Besetzung sämtlicher dem landesherrlichen Patronate unterworfenen Schulstellen, die Bestätigung der von Privatpatronen und Gemeinden gewählten Lehrer und deren Einführung; die Aufsicht und Direktion über alle Schulen, über die Amtsführung und Beurlaubung der Lehrer; die Aufsicht und Verwaltung des gesamten Elementarschulwesens und sämtlicher äußerer Schulangelegenheiten; die Verwaltung des Schulvermögens; endlich Schulsozietäten einzurichten und zu verteilen, wo die Ortschaften es wünschen oder Lokalumstände es nötig machen (§ 18 der Instruktion). Den Schulgemeinden, die die Schulkosten zu tragen haben, blieben wenig oder keine Rechte vorbehalten.

Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung

Von den verschiedenen Rechtsvorschriften über die Schulen und deren Unterhaltung, bestehend in landesherrlichen Edikten des vorigen Jahrhunderts, in alten Kirchen- und Schulordnungen, in

setz über die Unterhaltung der öffentlichen Volksschule, Drucksache d. Hauses d. Abg. N. 11 1905/06, Seite 23 bis 32: vergleiche auch Gesetz betr. die Unterhaltung der Volksschule, erläutert von Kurt von Rohrscheidt (1906) Seite 7—22, 29—43, und das preuß. Volksschulunterhaltungsgesetz, erläutert von Eugen Schiffer, Kammergerichtsrat (1906) Seite 9—14, sowie von Lezius S. 8—16 (sämtlich der Begründung folgend): ferner Petersilie, Band II S. 101—120.

[1]) Diese Instruktion ist auch heute noch maßgebend für die Stellung der Königlichen Regierungen als Schulaufsichtsbehörde und als geltendes Recht auch in der Judikatur des Oberverwaltungsgerichtes anerkannt worden. Ihre Rechtsbeständigkeit ist aber vielfach Gegenstand von Angriffen gewesen,

Vorschriften des Landrechtes, in französischen Gesetzen aus der Zeit der Fremdherrschaft, in örtlichen Observanzen und Ortsverfassungen, beruhen viele auf veralteten Rechtsanschauungen und sind bei den veränderten sozialen Verhältnissen nicht mehr zeitgemäß. Es drängten also schon seit langen Jahren verschiedene Erwägungen dazu, an Stelle der alten überlebten Rechtsbestimmungen neue den jetzigen Verhältnissen angepaßte Vorschriften zu erlassen, und die Vielgestaltung des Schulrechtes durch ein einheitliches Recht für den ganzen Staat zu beseitigen.

Der Erlaß der Verfassungsurkunde bot natürlich, da sie auch über die staatsrechtliche Stellung der Schulen aller Art Bestimmungen enthalten mußte, Anlaß für die Faktoren der Gesetzgebung, sich mit der öffentlichen Volksschule zu beschäftigen. Sie enthält denn auch in den Artikeln 23 bis 26 einige grundlegende Sätze über die Stellung und Ordnung der Volksschule.

Sie stellt die Volksschulen nur unter die Aufsicht des Staates, erklärt sie nicht zu Staatsanstalten, wenn sie auch ihren Lehrern die Rechte und Pflichten der Staatsdiener gibt.

Schulunterhaltungspflicht nach der Verfassung

Über die Kosten der Volksschulen bestimmt Artikel 25 der Verfassung: „Die Mittel zur Errichtung, Unterhaltung und Erweiterung der öffentlichen Volksschulen werden von den Gemeinden, und im Falle des nachgewiesenen Unvermögens ergänzungsweise vom Staate aufgebracht."

Diese Verfassungsbestimmung erkennt die politische Gemeinde als lebenskräftige Grundlage der Volksschule an, und überträgt ihr prinzipaliter die Pflicht, ihre Unterhaltungkosten zu tragen, um die Interessen der Gemeinden und Familien als der bei der Jugenderziehung Nächstbeteiligten nicht abzuschwächen. Daß damit diese Schulen aber nicht zu reinen Kommunalanstalten erklärt und den übrigen kommunalen Einrichtungen nicht vollständig gleich gestellt werden sollen, ergibt sich aus den weiteren über die Schulen in dem Artikel 24 enthaltenen Vorschriften, in denen den Staats-

---

und ihr Inhalt mit den Rechten der Städte an den Schulen als unvereinbar erklärt. Vergl. Das Recht der städtischen Schulverwaltung in Preußen von Dr. Hugo Preuß, Berlin 1905.

behörden bei der Schulverwaltung weiter gehende Befugnisse zugeteilt worden, als ihnen bezüglich anderer kommunaler Gebiete zustehen.

Unter Gemeinden werden hier die politischen Gemeinden verstanden, und damit sind auch, entsprechend der für den ganzen Staat unter dem 11. März 1850 erlassenen Gemeindeordnung, die Gutsbezirke gemeint, die in dieser Gemeindeordnung zu politischen Gemeinden erklärt werden. Bekanntlich ist diese Gemeindeordnung, bevor sie allgemein zur Ausführung gebracht war, wieder aufgehoben worden, und damit die Stellung der Gutsbezirke neben den Gemeinden bis jetzt beibehalten worden. In dem Gesetz über die Schulunterhaltungspflicht vom 28. Juli 1906 wird daher in § 1 diese Unterhaltungspflicht den bürgerlichen Gemeinden und selbständigen Gutsbezirken prinzipaliter auferlegt [1]). Damit wird davon Abstand genommen, die Schulunterhaltung auf einer breiteren Grundlage aufzubauen, sie z. B. den Kreisverbänden aufzulegen, wie wohl geplant war [2]), oder die Schule als Staatsschule ganz auf Staatskosten unterhalten zu lassen.

Die Elementarschulen, in denen die Kinder einer Gemeinde unterrichtet werden, dienen in erster Linie dieser Gemeinde, und es entspricht der Billigkeit, die Sorge für deren Errichtung und Erhaltung in erster Linie ihr zu übertragen. Dies Verfahren entspricht weiter auch dem Grundsatze der Dezentralisation, nach dem staatliche Interessen durch Organe der Gemeinden, Kreise und Provinzen vertreten und staatliche Rechte ausgeübt werden. Dieser Grundsatz ist auf manchen Gebieten mit gutem Erfolge zur Anwendung gekommen, so z. B. bei der Übertragung der

[1]) Für die jüdischen Schulen enthält § 40 besondere Vorschriften. Die bestehenden Schulen brauchen nicht von den politischen Gemeinden übernommen zu werden. Bis auf Weiteres haben die bisher zu ihrer Unterhaltung Verpflichteten weiter die Schullast zu tragen, gelten aber als Schulverbände im Sinne des Gesetzes, haben also auch Anspruch auf alle den Schulverbänden im Gesetze verliehenen Rechte und auf Gewährung von Staatshilfe im Bedürftigkeitsfalle. Im Jahr 1903 unterhielten 103 Schulsozietäten, 110 Synagogengemeinden und 28 politische Gemeinden jüdische Schulen. (cf. Begründung des Gesetzentw. Seite 84). Die politischen Gemeinden können die bestehenden Schulen übernehmen und neue gründen.

[2]) Siehe Begründung des Gesetzentwurfes betreff. Unterhaltung der öffentl. Volksschulen, Drucksachen d. Hauses d. Abgeordneten Nr. 11 1905/6, Seite 56 und Bericht der Kommission, Drucksache 288 1905/6, Seite 5.

Handhabung der Polizeigewalt an Organe der Gemeinden oder der Überlassung des Straßenbaues an die Provinzen.

Der Artikel 25 der Verfassung, der den Gemeinden die Errichtung, Erhaltung und Erweiterung der Schulen und die Tragung der hieraus erwachsenden Kosten auferlegt, war aber bis jetzt noch kein aktuell geltendes Recht, da es nach Artikel 112 der Verfassung „bis zum Erlaß des im Artikel 26 vorhergesehenen Gesetzes hinsichtlich des Schul- und Unterrichtswesens bei den geltenden gesetzlichen Bestimmungen bewendet[1]." Da dies Gesetz über das Unterrichtswesen nicht erging, regelte sich die Unterhaltungspflicht der Volksschulen auch nach dem Inkrafttreten der Verfassung nach den vorher hierüber ergangenen Gesetzen[2]. Es blieb alles beim Alten. Erst das jetzt erlassene Gesetz über die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen bringt den Grundsatz der Verfassung, daß die politischen Gemeinden und die ihnen gleichstehenden Gutsbezirke Träger der Schullasten sein sollen, für das ganze Staatsgebiet zur Ausführung, und ordnet die Art und Weise, wie diese Träger der Schullast die ihnen übertragene Pflicht erfüllen sollen, und wie der Staat sich bei der Aufbringung der Kosten zu beteiligen habe.

---

[1]) Artikel 26 der Verfassung lautet:

„Ein besonderes Gesetz regelt das ganze Unterrichtswesen."

Daß es nicht möglich gewesen ist, durch ein Gesetz das ganze Unterrichtswesen zu regeln, lehrt ein Rückblick auf die in dieser Richtung früher unternommenen Versuche. Schon vor dem Erlaß der Verfassung zur Zeit des absoluten Königtums unter Friedrich Wilhelm III. wurde ein vergeblicher Versuch gemacht, ein Unterrichtsgesetz zu erlassen. Ebenso erging es späteren (1848 bis 1853) derartigen Versuchen, die von allen Beteiligten mit Eifer betrieben wurden. Vergeblich waren auch spätere Versuche, wenigstens ein Gesetz zur Regelung des Volksschulwesens zu stande zu bringen., cf. Clausnitzer, Geschichte des Preuß. Unterrichtsgesetzes 2. Aufl. 1891, und Gesetzgebung auf dem Gebiete des Unterrichtswesens in Preußen von 1817 – 1868. Aktenstücke aus dem Ministerium der geistlichen pp. Angelegenheiten 1869.

Artikel 26 der Verf. hat durch Gesetz vom 10. Juli 1906 jetzt folgende Fassung erhalten:

„Das Schul- und Unterrichtswesen ist durch Gesetz zu regeln. Bis zur anderweitigen gesetzlichen Regelung verbleibt es hinsichtlich des Schul- und Unterrichtswesens bei dem geltenden Recht."

[2]) Vgl. über die verfassungsrechtlichen Grundlagen des preußischen Unterrichtswesens besonders Ad. Arndt im Archiv für öffentl. Recht I 512 f.

Beteiligung des Staates an den Kosten der Schule

In betreff der Beteiligung des Staates an der Aufbringung der Schulkosten beschränkte sich der von der Regierung dem Landtage vorgelegte Gesetzentwurf auf die Wiedergabe des verfassungsmäßigen Grundsatzes, daß „im Falle des nachgewiesenen Unvermögens der Schulverbände zur Aufbringung der Volksschullasten ihnen in den Grenzen der durch den Staatshaushaltsetat bereit gestellten Mittel Ergänzungszuschüsse gewährt werden," und enthielt zu seiner Ausführung keinerlei Vorschriften. Das Gesetz selbst wiederholt im § 18 ebenfalls diesen Satz des Entwurfes wörtlich, fügt aber Bestimmungen über die Art und Weise bei, wie der Staat dieser Pflicht genügen soll.

Der Staat ist sich der Pflicht, das Volksschulwesen auch durch Aufwendung von Staatsmitteln zu fördern, auch ohne daß der Artikel 25 der Verfassung geltendes Recht war, stets bewußt gewesen, und hat Schulgemeinden, die aus eigenen Mitteln nicht die Aufwendungen bestreiten konnten, die aus der Einrichtung und Erhaltung einer Schule erwuchsen, durch ihnen gewährte Zuschüsse zu den Kosten geholfen. Er mußte schon darum bei der Einrichtung von Schulen und bei ihrer Unterhaltung den Gemeinden helfend beispringen, weil er mit der Einführung und Durchführung des allgemeinen Schulzwanges auch dafür zu sorgen hatte, daß auch in kleinen, armen Gemeinden die nötigen Schulen eingerichtet wurden, um damit aller Orts die Möglichkeit zu geben, den Kindern den befohlenen Unterricht zu teil werden zu lassen, und da viele Gemeinden außer Stande waren, aus eigenen Mitteln auch nur die bescheidensten Schuleinrichtungen zu treffen.

Seit vielen Jahrzehnten, d. h. so lange ein Staatshaushalt veröffentlicht wird, sind darin zur Unterstützung leistungsunfähiger Schulgemeinden von Jahr zu Jahr steigende Mittel eingestellt [1]) und verwandt. Im Jahre 1821 betrugen die Unterhaltungskosten

[1]) Eine vortreffliche Darlegung geben O. Schwarz und G. Strutz in dem Werke „Der Staatshaushalt und die Finanzen Preußens", Band II 1. Buch §§ 305 f., 312—317, 401 f., 436 f.; Bd. III (1903) §§ 244 f. Sie fassen Band II S. 288 das Ergebnis zusammen: „Von 1861 an haben sich die Volksschullasten im ganzen von rund 30, von 1871 ab von rund 55.5 Millionen Mark auf fast 188 Millionen Mark für 1896 gesteigert, woran der Staat früher nur mit 4—5, 1897 mit rund 28% beteiligt war."

aller Land- und Stadtschulen in Preußen noch 7 058 257 Mark, wozu der Staat nur 442 133 Mark in Geld und Naturalien, also etwa 6%, beitrug. Während ferner im Jahre 1859 noch 650000 M. und 1868, nach Aufnahme der neuen Provinzen in den Staat, 2175327 M. genügten, um die erforderlichen Zuschüsse zu gewähren, stellte der Etat für 1885/6 14934000 M., d. i. über 12% der gesamten Kosten, zur Zahlung von Beihilfen an Schulgemeinden der Unterrichtsverwaltung d. h. dem Minister der geistlichen Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten zur Verfügung. Daneben sind dann noch 590000 M zu Zuschüssen für Errichtung neuer Schulstellen und 1050000 M zur Gewährung von Baubeihilfen bei Schulbauten im Ordinarium des Etats und 3000000 M. im Extraordinarium eingestellt[1]).

Art der Verwendung der etatsmäßigen Staatsfonds

Diese im Staatshaushaltetat ausgeworfenen beträchtlichen Summen standen unbeschränkt dem Minister zur Verfügung und dienten in verschiedener Weise zu Unterstützungszwecken. Die Hauptsumme von fast 15 Mill. Mark war lediglich bestimmt zu widerruflichen Zuschüssen für bedürftige Gemeinden d. h. ihre Bewilligung gab dem Empfänger kein Recht auf Fortgewährung der einmal gewährten Unterstützung. Der Unterstützungsfonds wurde im Kultusministerium verwaltet in der Weise, daß den mit der Verwaltung des Elementarschulwesens gesetzlich betrauten Regierungs-Abteilungen für Kirchen und Schulwesen, je nachdem von ihnen Anträge auf Bewilligung von Unterstützungen gestellt waren, und je nach der Höhe der im Etat bestimmten Fonds, Beträge zur Verwaltung überwiesen wurden, und daß deren Verwendung vom Ministerium kontrolliert wurde. Aus dem geringen Betrage von 590000 M wurden an Gemeinden, die eine neue Schulstelle gründen wollten, und dies aus eigenen Mitteln nicht vermochten, vom Minister auf Antrag der Regierung, die das Bedürfnis zu dieser Neugründung nachzuweisen hatte, Beihilfen gewährt, und die bewilligten Beträge wuchsen der Summe zu, die der Regierung aus dem Hauptunterstützungsfonds zugeteilt war. Aus den Fonds zur Gewährung von Baubeihilfen wurden Gemeinden, die Neubauten oder größere Um- oder Reparaturbauten

[1]) Vgl. auch die Anmerkung auf Seite 15.

ausführen mußten, und die Baukosten nicht beschaffen konnten (auch nicht im Wege eines aufzunehmenden Darlehns) von dem Minister, der sich die Verwendung dieser Fonds vorbehalten hatte, Unterstützungen bewilligt, nachdem die Regierungen über die Finanzlage der Baupflichtigen eingehendste Nachweisungen eingereicht und die Höhe der Baukosten auf Grund detaillierter Pläne und Kostenanschläge nachgewiesen hatten.

Abgehen von dem Grundsatze der Verfassung

Seit 1886 ist der zur Gewährung von Beihilfen an leistungsunfähige Gemeinden bestimmte, im Etat eingestellte Betrag nicht mehr gewachsen, weil man im Jahre 1888 von dem Grundsatze, nur unvermögenden Gemeinden die Schullast durch Staatsbeiträge zu erleichtern, abging, und durch Gesetze von 1888/89 „über die Erleichterung der Volksschullasten" allen Gemeinden ohne jede Rücksicht auf ihre Finanzlage zu den Gehältern aller angestellten Lehrer und Lehrerinnen feste jährliche Beiträge von 500, 300, und 150 M bewilligte, je nachdem es sich um erste resp. alleinstehende Lehrer, um fest oder provisorisch angestellte Lehrer, oder um Lehrerinnen handelte, und weil infolge dieser, allen Gemeinden bewilligten Beiträge, die Zahl der leistungsunfähigen Gemeinden sich wesentlich verminderte, und das Bedürfnis nach Staatsbeihilfe geringer wurde[1]).

Zu diesem bedeutungsvollen Schritte veranlaßte die Regierung namentlich die Erwägung, daß die Schullasten allgemein als drückend empfunden wurden, und eine Erleichterung allen Gemeinden willkommen erschien, und daß diese als Ersatz für das ihnen durch das Gesetz von 1888 entzogene Recht, durch Erhebung eines Schulgeldes einen erheblichen Teil der Schulkosten zu decken,

---

[1]) Durch das Gesetz vom 14. Juni 1888 (GSS. 240) wurde die Erhebung eines Schulgeldes von Kindern, die im Schulbezirke heimisch sind, aufgehoben und damit eine Bestimmung des Art. 25 der Verfassung ausgeführt. Es wurden ferner allen Gemeinden für alleinstehende oder erste Lehrer 400 M. für ordentliche Lehrer 200, für Lehrerinnen 150 M., für Hilfslehrer und Lehrerinnen 100 M. jährlicher Staatsbeitrag bewilligt. Durch Gesetz vom 31. März 1889 (GSS. 64) betreffend Ergänzung des Gesetzes vom 14. Juni 1888 wurden die Beiträge zu dem Diensteinkommen der ordentlichen Lehrer und Lehrerinnen auf 500, 300 und 150 M. erhöht.

auf eine Entschädigung aus der Staatskasse Anspruch zu erheben sich für berechtigt hielten. Teilweise ist dieser Schritt durch das Lehrerbesoldungsgesetz vom 3. März 1897 wieder rückgängig gemacht worden. Dieses Gesetz hält die Vorschriften der Gesetze von 1888/89 in dem § 28, der von den Leistungen des Staates handelte, ausdrücklich aufrecht, in dem es sagt: „Aus der Staatskasse wird ein jährlicher Beitrag zu dem Diensteinkommen der Lehrer und Lehrerinnen, und soweit er hierzu nicht erforderlich ist, zur Deckung der Kosten für andere Bedürfnisse an die Kasse des Schulverbandes gezahlt,“ und ihn für die Stelle eines alleinstehenden oder ersten Lehrers auf 500 M., eines andern Lehrers auf 300 M. und einer Lehrerin auf 150 M. festsetzt. Es bestimmt aber weiter: der Staatsbeitrag wird nur bis zur Höchstzahl von 25 Schulstellen für jede politische Gemeinde gewährt. Es werden also, wenn in einer politischen Gemeinde z.B. einer großen Stadt, verschiedene Schulsozietäten bestehen, die ihre Schulkosten selbst aufbringen, zusammen für diese Sozietäten nur für 25 Stellen die Staatsbeiträge gezahlt, und pro rata unter sie verteilt. Bei dieser Beschränkung der Staatsbeiträge auf 25 Stellen einer politischen Gemeinde ging man von der im Allgemeinen wohl zutreffenden Annahme aus, daß in den größeren Gemeinden, und nur solche haben mehr wie 25 Schulstellen, die Schullasten einen verhältnismäßig geringen Teil der Kommunallasten ausmachten und nicht so drückend empfunden würden, wie in kleineren Orten, und daß diese größeren Orte eine Kürzung des Staatsbeitrages wohl ertragen könnten, ohne in finanzielle Schwierigkeiten zu kommen, und die Schulkosten selbst aufbringen könnten. Konsequenter Weise hätte das Lehrerbesoldungsgesetz bei dieser Erwägung zu dem Entschluß kommen müssen, diese Gemeinden gehörten nicht zu denen, denen nach dem Verfassungsgrundsatze eine Staatsbeihilfe gewährt werden könne, und es hätte diesen Städten der ganze Beitrag entzogen werden müssen, wenn sie nicht den Nachweis erbringen konnten, daß sie seiner bedürftig wären. Allein die Regierung hat dies nicht vorgeschlagen, wahrscheinlich um die großen Gemeinden nicht zu sehr zu kränken und ihren Widerspruch gegen das Lehrersbesoldungsgesetz nicht zu steigern, und hat ihnen für 25 Stellen den Beitrag, der sich auf 7500 M. berechnet, belassen trotz des darin liegenden Widerspruchs gegen den verfassungsmäßigen Grundsatz.

Weitere Beteiligung des Staates an den Schullasten

Der Staat hat ferner nach und nach allen Gemeinden einen nicht unerheblichen Teil der Schullasten dadurch abgenommen, daß er zu den Alterszulagen und Pensionen der Lehrer und Lehrerinnen, und zu den Witwen- und Waisengeldern der Hinterbliebenen der Lehrer Beiträge zahlt, die durch verschiedene Gesetze geregelt werden, die nach und nach seit 1885 erlassen sind.

Die Gewährung von Alterszulagen an die Lehrpersonen ist durch das Lehrerbesoldungsgesetz vom 3. März 1897 obligatorisch eingeführt. Sie sind in der Weise zu gewähren, „daß ihr Bezug nach siebenjähriger Dienstzeit im öffentlichen Schuldienste beginnt und daß neun gleich hohe Zulagen in Zwischenräumen von drei zu drei Jahren gewährt werden.“ Die Zahlung dieser Alterszulagen erfolgt aus einer zu ihrer gemeinsamen Bestreitung von den zu ihrer Aufbringung verpflichteten Schulverbänden eines jeden Regierungsbezirkes gebildeten Kasse, in die die Schulverbände jährliche nach der Anzahl ihrer Lehrer- und Lehrerinnenstellen zu berechnende Beiträge zahlen. Nach § 27 des Lehrerbesoldungsgesetzes vom 3. März 1897 zahlt der Staat in diese Kassen einen jährlichen Zuschuß von 337 M. für eine jede Lehrerstelle, und von 181 M, für eine Lehrerinnenstelle, der dem Schulverbande auf seinen Kassenbeitrag anzurechnen ist. Auch diese Beiträge werden nur bis zur Höchstzahl von 25 Schulstellen gewährt, aus denselben Rücksichten, aus denen die oben (S. 12—13) besprochenen Staatsbeiträge auf 25 Stellen beschränkt sind.

Die Zahlung eines Staatsbeitrages zu den Pensionen der Lehrpersonen ist durch das Gesetz betreffend die Pensionierung der Lehrer und Lehrerinnen an den öffentlichen Volksschulen vom 6. Juli 1885 eingeführt. Durch Gesetz vom 23. Juli 1893 sind dann für die Regierungsbezirke zur Zahlung der Ruhegehälter besondere Kassen gebildet, in welche die Gemeinden Beiträge zahlen, berechnet nach dem Diensteinkommen der in ihnen angestellten Lehrer. Der Staat zahlt zu jeder Pension 600 ℳ Beitrag.

Zu den Witwen- und Waisengeldern, die Hinterbliebenen von Lehrern zu zahlen sind, zahlte der Staat nach dem Gesetze vom 27. Juni 1890 betreffend die Fürsorge für die Waisen der Lehrer an öffentlichen Volksschulen für Vollwaisen 84 und für Halbwaisen 50 M. An Stelle dieser Beiträge werden infolge Gesetzes vom

4. Dez. 1899 zu jeder Witwenpension jährlich 420 M., für Vollwaisen 140 M. und für Halbwaisen 84 M. an die Lehrerwitwenkassen als Staatsbeiträge gezahlt [1]).

Es bedarf keines weiteren Beweises, daß man beim Erlaß aller der Gesetze, mit denen diese Leistungen für die Volksschule den Gemeinden ab- und auf die Staatskasse übernommen sind, von dem grundsätzlichen Standpunkte der Verfassung über die Tragung der Schullast abgewichen ist. Während nach diesem Grundsatze der Staat nur aushülfsweise eintreten und nur bei nachgewiesenem Unvermögen helfen soll, tritt er mit der Übernahme von Stellenbeiträgen und Zuschüssen zur Lehrerpension und zu den Alterszulagen und Witwengeldern an

[1]) Im Staatshaushaltsetat sind für 1905/6 folgende Beträge für das Elementarschulwesen vorgesehen im Kapitel 121 im Ordinarium:

1. Titel 32.	Behufs allgemeiner Erleichterung der Volksschullasten	**28 760 000 M.**

Der Fonds dient zur Gewährung der gesetzlich (Lehrerbesoldungsgesetz vom 3. März 1897) bestimmten Beiträge an alle Gemeinden.

2. Titel 33.	Besoldungen und Zuschüsse aus besonderen rechtlichen Verpflichtungen	492 916 M.
3. „ 35.	Zulagen zu den Alterszulagekassen (Lehrerbesoldungsgesetz)	23 670 000 „
4. „ 39.	Zu Pensionen der Lehrer (Gesetze vom 6. Juli 1885, 23. Juli 1893)	5 640 000 „
5. „ 41.	Zu Witwen- und Waisengeldern (Gesetz vom 27. Juli 1890, 4. Dez, 1899)	2 302 000 „
6. „ 34.	Zu Beihülfen an Schulverbände wegen Unvermögens	13 934 687 „
7. „ 36.	Zur Errichtung neuer Schulstellen	590 304 „
8. „ 38.	Zur Unterstützung von Schulverbänden bei Bauten	1 650 000 „
	Dazu im Extraordinarium	3 000 000 „

Die in den Titeln 34 und 36 aufgeführten Fonds sind zu Unterstützungen leistungsunfähiger Gemeinden bestimmt, die in der Form widerruflicher Beihülfen gewährt werden. Beide Fonds stehen insofern in Wechselbeziehung, als durch Bewilligungen aus Titel 36 die Gründung neuer Stellen respektive neuer Schulen ermöglicht wird und dann nach Gründung der Stelle die Beihülfen zur Errichtung der Stellen zu laufenden Beihülfen werden und auf den Titel 34 übernommen werden müssen. Titel 36 wird so alljährlich aufgezehrt und Titel 34 wächst um die auf Titel 36 gemachten Ausgaben an. Die Verwaltung der Fonds der Titel 34 und 36 ist im Ministerium zentralisiert. cf. p. 11 dieser Schrift.

Lehrreiche Tabellen in dem statistischen Jahrbuch für den preußischen Staat. 1905. S. 155, 157, 158, 161, 162.

alle Gemeinden als prinzipaliter Verpflichteter ein, und setzt sich in Widerspruch mit der Verfassungsbestimmung. Bei dem Erlaß dieser Gesetze ist sich sowohl die Regierung wie auch der Landtag des bewußt gewesen, daß man sich mit ihnen mit der Verfassung in Widerspruch setze, und hat daher die Gesetze von 1888/89 und die übrigen Gesetze, die den Gemeinden ohne Nachweis der Bedürftigkeit einen Teil der Schullasten abnehmen, unter Beobachtung der im Art. 107 der Verfassung vorgesehenen strengeren Formen für gesetzliche Abweichungen von der Verfassung verabschiedet. Man hat damit aber den im Art. 26 aufgestellten Grundsatz für die Beteiligung des Staates an den Schullasten nicht ganz beseitigen wollen. Man hat nur für den einzelnen Fall Ausnahmen machen, im allgemeinen aber den Grundsatz bestehen lassen wollen. Er ist also nach wie vor maßgebend für die Gesetzgebung, wenn es sich um Beteiligung des Staates an den Volksschullasten handelt, und mußte auch bei dem Volksschullastengesetze befolgt werden.

Stellung des Schulunterhaltungsgesetzes zu dem Verfassungs-Grundsatz des Artik. 25

Die Staatsregierung hat ihn auch in der Vorlage, die sie für das Gesetz dem Landtage gemacht hat, zur Durchführung bringen wollen und in ihrem Entwurfe jedes Abweichen von diesem Grundsatze vermieden.

Wenn auch der nächstliegende Anlaß zu diesem Gesetz die ungemeine Verschiedenheit der Vorschriften über die Träger der Schulunterhaltungslast und die sich hieraus ergebenden Mißstände waren, und es sich in erster Linie darum handelte, eine gleichmäßige Regelung dieser Pflicht nach dem verfassungsmäßigen Kommunalprinzip herbeizuführen, so sollte mit ihm doch auch der weitere Grundsatz der Verfassung über die Stellung des Staates zu dieser den Gemeinden aufzulegenden Last für die Vorschriften des Gesetzes leitend sein und in ihnen zum Ausdruck gelangen. Dies geht ganz unzweideutig daraus hervor, daß der § 48 des Entwurfes den verfassungsmäßigen Grundsatz über die Pflicht des Staates bei der Schulunterhaltung wörtlich wiedergibt und keinerlei von ihm abweichende Bestimmungen über Gewährung von Staatsmitteln an Schulverbände enthält.

Diesen Grundsatz gibt zwar auch das Gesetz selbst, wie es vom Landtage beschlossen ist, wieder (im § 19), allein es stellt sich, man kann sagen, nur theoretisch zu ihm, führt ihn in Wirklichkeit nicht konsequent durch, und legt dem Staate neue, ohne Rücksicht auf nachgewiesene Bedürftigkeit an Gemeinden zu zahlende Beiträge auf, um diesen die Schullast teilweise abzunehmen. Hierin weicht also das Gesetz nicht unwesentlich von dem Entwurfe der Regierung ab, der es, wie gesagt, streng vermied, über die Art der vom Staate den Gemeinden zu gewährenden Beihülfen irgend welche Detailbestimmungen zu geben und als Grenze für seine Beiträge nur die im Staatshaushalte bereitgestellten Mittel hinstellte und, um für alle Fälle gesichert zu sein, in der Begründung des Entwurfs eine Erhöhung der bisher im Etat bereit gestellten Mittel um einige Millionen in Aussicht stellte.

Eigentlich liegt zu dieser Erhöhung keine genügende Veranlassung vor. Der Gesetzentwurf wie auch jetzt das Gesetz bringt mit der einen unbedeutenden Ausnahme, daß die Gemeinden mit weniger als 25 Schulstellen zu einem anzulegenden Baufonds jährlich kleine Beträge zahlen sollen, keine Mehrbelastung der Schulunterhaltungspflichtigen, erweitert aber in manchen Landesteilen dadurch ganz erheblich den Kreis der Pflichtigen, daß häufig recht leistungsfähige Gutsherrn und Forensen, die bisher, da sie nicht zur Hausvätergemeinde gehörten, zu den Schullasten nichts beizutragen hatten, jetzt die Schullasten mit tragen müssen. Die Regierung bedarf daher nach der Durchführung des Gesetzes zur Unterstützung bedürftiger Gemeinden nicht mehr Mittel, wie seither. Sie würde wohl in der Lage sein, da, wo infolge des Hinzutrittes leistungsfähiger, bisher von der Schullast befreiter Personen die Gemeinden leistungsfähiger geworden, einen Teil der seither gezahlten Beihülfen zurück zu ziehen, und mit den dadurch frei gewordenen Mitteln anderen Gemeinden, deren Leistungsfähigkeit in Folge der Durchführung des Kommunalprinzips für die Schulunterhaltungspflicht verringert ist, ausgiebiger wie bisher zu unterstützen.

Allein schon bei den Verhandlungen, die im Abgeordnetenhause im Jahre 1899 und 1903 geführt wurden, um die Regierung zur baldigen Vorlage eines Schulunterhaltungsgesetzes zu veran-

lassen, ward von Rednern der konservativen Parteien die gegenteilige Ansicht vertreten, und darauf hingewiesen, daß bei einer anderweiten Verteilung der Schullasten, d. h. bei einer Übertragung auf die politischen Gemeinden und Gutsbezirke, eine viel höhere Beteiligung des Staates bei der Tragung dieser Lasten nicht von der Hand zu weisen sei, und daß namentlich zur Unterstützung der Gutsherren, die bisher von den Schullasten frei waren, aber bei der beabsichtigten Neuordnung dazu herangezogen werden sollten, eine wesentliche Erhöhung der zur Beihülfe für unvermögende Schulverbände bestimmten Staatsmittel geboten sei.

Und diese im Interesse des Großgrundbesitzes erhobene Forderung wurde eifrig unterstützt von den Agrariern im Landtage, und hat dahin geführt, daß vom Landtage unter die Bedingungen, welche später von den vereinigten Konservativen und Nationalliberalen für ihre Zustimmung zum Schulunterhaltungsgesetze vereinbart wurden[1]), auch die aufgenommen wurde, daß in dem Gesetze eine angemessene Erhöhung der staatlichen Mittel zur Unterstützung der Schulgemeinden vorgesehen würde. Die Regierung hatte in ihrem Entwurfe dieser Forderung nicht entsprochen, aber in den Motiven zum Entwurf gesagt „sie beabsichtige in den Staatshaushaltsetat nach Inkrafttreten des Gesetzes 3 Millionen Mark einzustellen zur Unterstützung leistungsschwacher Schulverbände, bei deren Verwendung in erster Linie die Verschiebungen zu berücksichtigen sein sollten, welche sich als Folge der durch das Gesetz eintretenden anderweiten Regelung der Schulunterhaltungslast ergeben“. Im dem vom Landtage beschlossenen Gesetze ist dieses Versprechen der Regierung unter Erhöhung der in Aussicht genommenen Summen auf 5 Millionen Mark in § 20 festgelegt worden. Der Regierung sind damit überaus reichliche Mittel zur Verfügung gestellt zur Bewilligung von Unterstützungen an unvermögende Schulverbände, zu denen Gutsbezirke gehören. Die Folge davon wird sein, daß bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit mit weitgehender Milde verfahren werden muß, wenn die Mittel Verwendung finden sollen.

Wenn auch, wie gesagt, mit Rücksicht auf die Übertragung der Schulunterhaltungslast auf die Gemeinden und Gutsbezirke an sich eine erhebliche Erhöhung der staatlichen Unterstützungsfonds

[1]) Ueber den Kompromiß cf. p. 23. dieser Schrift.

nicht notwendig gewesen wäre, wird diese doch vielfach angenehm empfunden werden, da sich die Gemeinden und Gutsbezirke jede Erleichterung ihrer öffentlichen Lasten gern gefallen lassen. Allein man muß es doch bedauern, daß bei diesem Anlaß ohne Not die Staatsleistung für die Volksschule um 5 Millionen erhöht ist, da unvermeidlich die in Aussicht stehende Neuordnung der Lehrerbesoldung an die Gemeinden erhebliche Mehrforderungen stellen wird, denen viele nur mit Staatsbeihülfen gerecht werden können, und als es bedenklich ist, jetzt ohne eigentlichen Anlaß die Staatsfinanzen weitgehend in Anspruch zu nehmen und damit die Flüssigmachung erheblicher Staatsmittel aus Anlaß der in Aussicht stehenden Erhöhung der Lehrergehälter zu erschweren.

Nach der Regierungsvorlage war in dem Gesetze selbst nur die Erhöhung des staatlichen Unterstützungsfonds um die Hälfte der Summen vorgesehen, die nach dem Gesetze von den Gemeinden mit weniger wie 25 Schulstellen jährlich zum Baufonds dieser Gemeinden zurückgelegt werden müssen, und dabei bestimmt, daß diese etwa 1300000 Mark betragende Erhöhung zur Unterstützung bedürftiger Gemeinden dieser Art verwendet werden solle. In den Motiven zum Entwurf[1]) versprach die Regierung weiter 3 Millionen Mark in den Etat aufzunehmen zur Unterstützung dieser Gemeinden unter Berücksichtigung der Verschiebungen, die sich als Folge der Neuregelung der Unterhaltungspflicht ergeben, und 520000 Mark zur Unterstützung der Gemeinden mit mehr wie 25 Schulstellen, und Erhöhung des Fonds zur Unterstützung der Elementarschulbauten von 1050000 Mark auf 6000000 Mark im Ordinarium unter Fortfall der im Extraordinarium seither eingestellten 3000000 Mark.

Es ist anzuerkennen, daß der Gesetzentwurf, wie auch die Zusagen der Regierung in den Motiven zu ihm, sich streng in den Grenzen halten, die der Artikel 25 der Verfassung für die Beteiligung des Staats bei der Aufbringung der Schullasten zieht, und es vermeiden, einen Schritt weiter auf der Bahn zu tun, die man durch die Gesetze von 1888/89, über die Erleichterung der Volkschullasten mit der Bewilligung von Staatsbeiträgen an alle Gemeinden zu den Lehrerstellen betreten hat, und die unvermeidlich nach und nach zur Staatsschule führen muß.

[1]) Drucksache des Haus. d. Abg. No. 11 1905/6, Seite 98.

Staatsschule

Daß man mit der Bewilligung der Staatsbeiträge im Jahre 1888 den ersten Schritt auf dem Wege zur Staatsschule d. h. zu der Schule, deren prinzipale Unterhaltungspflicht dem Staate obliegt, getan hat, und daß jede weitere Bewilligung von Zuschüssen seitens des Staates, aber auch die ungemessene Steigerung der Staatsbeihülfen, auf die Entwickelung der Schule zur Staatsschule hindrängt, ist unleugbar.

Hierauf hat unter anderen auch der Vertreter des Kultusministeriums in den Verhandlungen mit der Kommission des Abgeordnetenhauses sehr eindringlich hingewiesen und gebeten, bei den Bestrebungen, die auf eine stärkere Beteiligung des Staates an den Schulkosten ausgehen, nicht außer Acht zu lassen, daß, wenn der Staat mehr Lasten übernehme, sein Mitbestimmungsrecht in gleichem Verhältnisse wachse[1]).

Dahin drängen auch die Bestrebungen der Lehrer, die auf eine Gleichstellung der Gehälter der Lehrer in Stadt und Land gerichtet sind. Diese könnte nur erreicht werden, wenn der Staat die Besoldung aller Lehrer aus Staatsmitteln übernehmen wollte.

Man kann wohl befürchten, daß auf die Dauer eine Verstaatlichung der Volksschule unvermeidlich sein wird, wenn nicht ein Weg gefunden wird, die Lehrerschaften ohne die von ihnen angestrebte Gleichstellung der Gehälter zufrieden zu stellen, und wenn nicht ängstlicher wie seither jedes Abweichen von dem verfassungsmäßigen Grundsatze, daß der Staat nur den nachgewiesen leistungsunfähigen Gemeinden Beihilfen gewähren soll, vermieden, und bei der Beurteilung der Bedürftigkeit der Gemeinden ein strengerer Maßstab angelegt wird wie seither.

Der Verstaatlichung der Volksschule stehen, abgesehen von der dem Staate daraus erwachsenden großen finanziellen Belastung und der daraus entspringenden Steigerung der Macht des Staates, vom allgemein schultechnischen Standpunkte schwerwiegende Bedenken entgegen.

Die Volksschule würde eine noch weit büreaukratischere, schablonenhaftere werden, als sie leider bis jetzt gewesen ist. Die

---

[1]) Siehe Bericht der Kommission d. H. d. Abg. Drucksache 288. 1905/6 Seite 41.

Beteiligung der Organe der Selbstverwaltung, die jetzt nach dem Gesetze erweitert wird, würde mehr und mehr eingeschränkt werden müssen, und die Anpassung der Gestaltung der Volksschule an die örtlichen Verhältnisse in Stadt und Land sowie die gedeihliche Fortentwickelung der Schule, die wesentlich mit der Pflege zu verdanken ist, die die Städte ihrem Schulwesen haben angedeihen lassen, würde ein Ende haben.

Der Umstand, daß die Schulunterhaltungslast in den verschiedenen Gemeinden überaus verschieden wirkt, daß sie namentlich für schwach bevölkerte Landgemeinden viel drückender ist wie für große Städte, und daß eine vollständige Ausgleichung dieses Druckes nur von der Übernahme der ganzen Schullast als Staatslast auf den Staat zu erwarten ist, fällt nicht so schwer ins Gewicht, daß er die Verstaatlichung der Schule erwünscht erscheinen lassen könnte. Aus diesem Grunde allein, d. h. um den Landgemeinden und Gutsbezirken den Druck der Schullasten zu erleichtern, sind einzelne Parteien im Lande geneigt, dem Staate die Schulunterhaltungspflicht aufzulegen und scheuen sich nicht, trotz eindringlichster Mahnung der Vertreter der Staatsregierung[1]) dem Staate nach und nach Verpflichtungen zur Zahlung von festen Beiträgen an Schulgemeinden, ohne daß deren Leistungsunfähigkeit nachgewiesen ist, aufzulegen, und damit Schritte zu tun, die zu diesem Ziele führen müssen. Unvermeidlich stärkt jede weitere Beteiligung des Staates an den Schulkosten den staatlichen Einfluß auf die Schule. Niemand kann es mit Recht z. B. unbillig finden, daß der Staat entsprechend seinen wachsenden Leistungen für die Schule auch weitergehenden Einfluß auf die Gestaltung und Verwaltung der Schule beansprucht, und z. B. sich allein schließlich die Anstellung aller Lehrer und Rektoren vorbehält. Dies hat man im Landtage wohl nicht recht erwogen, als man dazu seine Zustimmung gab, daß in das Gesetz, abweichend von der ursprünglichen Absicht der Regierung, Bestimmungen aufgenommen wurden, die den Staat zu neuen ohne Rücksicht auf die Bedürftigkeit der Gemeinden zu gewährende Beiträge an die Gemeinden verpflichten. Man hat, ohne sich die Konsequenzen vollständig klar

[1]) Siehe Bericht der Kommission des Abg.-Hauses über das Schulunterhaltungsgesetz. No. 288 Drucksache d. H. d. Abg. 1905/6 S. 41. 43. 44.

zu machen, die Bestrebungen der Agrarier unterstützt, die dahin zielen, das platte Land möglichst von Schulkosten zu entlasten, und es so dafür zu entschädigen, daß vom Lande die auf Kosten der kleinen Gemeinden in der Landschule ausgebildeten jungen Leute in die großen Städte ziehen und dort ihre Arbeitskraft im Interesse der Städte verwerten. Dieser Auffassung kann allerdings eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die Landschulen dienen infolge der Abwanderung der aus der Schule entlassenen jungen Leute vom Lande in die Stadt weniger wie früher dem Interesse der Landgemeinden, sondern weit mehr der Förderung des Allgemeinwohles, und es ist daher unbillig, zu den Unterhaltungskosten die Gemeinden heranzuziehen, und gerechtfertigt, sie der Allgemeinheit d. h. dem Staate aufzuerlegen.

Verwaltung und Verteilung des Fonds

Der vom Ministerium vorgelegte Gesetzentwurf vermied es ferner auch, Bestimmungen zu geben über die Art und Weise und die Grundsätze, nach denen die zu Beihilfen an bedürftige Gemeinden bestimmtem im Staatshaushaltsetat vorgesehenen Millionen verteilt und verwaltet werden sollten. Die Regierung beschränkte sich darauf, in den Motiven einige Andeutungen zu machen über die von ihr beabsichtigte Dezentralisation der Verwaltung und Heranziehung der Organe der Selbstverwaltung zu der Verteilung der Unterstützungen[1]).

Auf den ersten Blick mußte diese Zurückhaltung der Regierung befremden, und man konnte in dem Fehlen jeder näheren Bestimmung über das „Wie" der Beteiligung des Staates an der Aufbringung der Schullasten in den leistungsunfähigen Gemeinden wohl einen augenfälligen Mangel des Gesetzes erblicken. Man meinte wohl mit Recht, daß in einem Gesetze über die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen unbedingt auch die Frage geregelt werden müsse, in welcher Weise, unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen, und mit welchen Organen der Staat seiner Pflicht, in unvermögenden Gemeinden ergänzungsweise die Schulkosten zu übernehmen, nachkommen solle, und wie die hierzu bestimmten Mittel verwaltet werden sollten.

---

[1]) Siehe Seite 100 der Regierungs-Vorlage No. 11 Drucksache d. H. d. Abg. 1905/6.

Allein man wird diese Zurückhaltung der Regierung verstehen und billigen können, wenn man die Vorgeschichte des Gesetzentwurfes und die Verhältnisse, unter denen er ausgearbeitet und vorgelegt worden ist, näher ins Auge faßt.

Kompromiß

Bekanntlich war seit langen Jahren die Notwendigkeit erkannt, im Wege der Gesetzgebung die Mißstände zu beseitigen, die sich aus der überaus großen Verschiedenheit ergaben, mit der die Schulunterhaltungspflicht in der Monarchie geregelt war, und aus dem Umstande, daß die Art dieser Regelung vielfach veraltet und ungerecht war. Sowohl die Regierung wie alle Parteien der Volksvertretung und alle mit der Leitung des Volksschulwesens beschäftigten Behörden waren darüber einig, daß eine einheitliche Neuregelung der Schulunterhaltungspflicht erfolgen müsse, wenn nicht im Rahmen eines allgemeinen Volksschulgesetzes, dann durch ein besonderes Spezialgesetz. Und da man nach den gemachten Erfahrungen bei den von den Ministern von Goßler und Grafen Zedlitz vorgelegten Entwürfen für allgemeine Volksschulgesetze es für zweckmäßig erachtete, die Schulunterhaltungspflicht durch ein Spezialgesetz zu ordnen, in ähnlicher Weise wie man in den letzten Jahren verschiedene Materien des Volksschulrechtes für sich gesetzlich geordnet hatte, so richtete der Landtag der Monarchie an die Staatsregierung mehrfach die Aufforderung, ein Gesetz über die Regelung der Schulunterhaltungspflicht vorzulegen [1]). Allein die im Landtage am starksten vertretenen Parteien — die Konservativen und das Zentrum — fürchteten, daß die gesetzliche Regelung verschiedener ihnen besonders am Herzen liegender Fragen ins Ungewisse vertagt werden würde, wenn sie nicht gleichzeitig mit der von allen Seiten als dringlichst erkannten Regelung der Schulunterhaltungspflicht erfolgen sollte, und machten ihre Zustimmung zur Regelung dieser Pflicht in einem Spezialgesetze abhängig von der gleichzeitigen gesetzlichen Ordnung einer Reihe weiterer Materien.

In der Sitzung des Hauses der Abgeordneten vom 14. Mai 1901 ward dann folgender Antrag angenommen:

---

[1]) Vergl. Verhandlung des Hauses der Abgeordneten vom 19. April 1899 59te Sitzung, Stenogr. Bericht Seite 905 u. folgende.

„Die Königl. Regierung aufzufordern, spätestens in der nächsten Session des Landtages einen Gesetzentwurf vorzulegen, welcher zur Beseitigung der bestehenden Härten der äußeren Verhältnisse der Volksschule insbesondere deren Unterhaltungslast in gerechter Weise regelt, aber zugleich den konfessionellen Charakter der Volksschule, sowie die Rechte der Eltern und Gemeinden aufrecht erhält und sichert.“

In den Verhandlungen, die schließlich zu dieser Resolution führten, waren alle Parteien darüber einig, daß die politischen Gemeinden und die Gutsbezirke in der ganzen Monarchie Träger der Unterhaltungslast werden müßten. Aber über die Art und Weise, wie weitere Fragen des Schulrechtes gleichzeitig mit der Regelung der Schulunterhaltungspflicht geordnet werden sollten, und welche Fragen überhaupt hier in Betracht zu ziehen seien, gingen die Meinungen auseinander.

Da der Minister dem Verlangen des Landtages im Jahre 1902 nicht entsprach und eine Vorlage für das Schulunterhaltungsgesetz nicht einbrachte, weil er vorerst noch statistische Nachrichten über die Verteilung der Schullasten einholen müßte, wie er auf Anfragen aus dem Landtage über die Einbringung des Schuldotationsgesetzes (wie man das erwartete Gesetz wenig glücklich bezeichnete) erklärte, hatten die Parteien Zeit, sich über den Inhalt dieses Gesetzes mehr und mehr zu verständigen. Und so kam dann endlich im Mai 1904, als auch die Vorarbeiten für den Gesetzentwurf im Ministerium so weit gediehen waren, daß seine Einbringung in der nächsten Session gesichert war, zwischen den konservativen Parteien des Landtages und den Nationalliberalen ein Kompromiß über den wesentlichen Inhalt des zu erlassenden Gesetzes zu stande, der auch die Billigung des Ministers erhielt[1]).

---

[1]) Der vielgenannte Kompromiss (siehe No: 256 Drucks. d. H. d. Abg. 1904 und 879; 1904/5 Seite 23/24 und 880, 1904/5) setzt sich zusammen aus Anträgen, die Vertreter der genannten Parteien im Abgeordnetenhause eingebracht hatten und die im Abgeordnetenhause angenommen wurden. Er bildete die notwendige Grundlage für einen von der Staatsregierung in der nächsten Tagung des Landtages einzubringenden Gesetzentwurf und besagte folgendes:

1. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen liegt den bürgerlichen Gemeinden (Gutsbezirken) oder Verbänden solcher unter ergänzungsweiser Beteiligung des Staates an den Kosten ob:

Nach ihm sollte sich das Gesetz auf die Regelung der Schulunterhaltungslast nach dem im Art. 25 der Verfassung festgestellten Grundsatze beschränken, daneben den konfessionellen Charakter der Schule wahren und die Rechte der Gemeinden und Eltern an der Schule sichern. Alle anderen schulrechtlichen, schwierig zu lösenden Fragen sollten in dem Gesetze nicht behandelt werden, so z. B. namentlich auch nicht die Lehrerbesoldungsfrage, so dringlich sie eine neue Regulierung forderte.

Zu diesen Fragen gehörte unstreitig auch die, wie die verfassungmäßige Beteiligung des Staates bei der Aufbringung der Schullasten in leistungsunfähigen Gemeinden geordnet werden sollte, weil hierbei unvermeidlich auch die Organisation der Behörden, denen die Gewährung der Staatsbeihilfen zu übertragen war, und die Tätigkeit der staatlichen und zur Mitwirkung heranzuziehenden

---

2. in Ausführung des Artikels 24 der Verfassung, wonach bei der Einrichtung der öffentlichen Volksschulen die konfessionellen Verhältnisse möglichst zu berücksichtigen sind, werden nachstehende Grundsätze festgelegt:
   a) in der Regel sollen die Schüler einer Schule derselben Konfession angehören und von Lehrern ihrer Konfession unterrichtet werden,
   b) Ausnahmen sind nur aus besonderen Gründen, inbesondere aus nationalen Rücksichten oder da, wo dies der historischen Entwickelung entspricht, zulässig. Lehrer, welche zur Erteilung des Religionsunterrichts für konfessionelle Minoritäten an Schulen anderer Konfession angestellt sind, dürfen voll beschäftigt werden,
   c) erreicht die Zahl der schulpflichtigen Kinder einer konfessionellen Minderheit eine angemessene Höhe, so hat diese Minderheit den Anspruch auf Einrichtung einer Schule ihrer Konfession,
   d) es sind zur Verwaltung der Schulangelegenheiten neben den ordentlichen Gemeindebehörden in den Städten Schuldeputationen und auf dem Lande Schulvorstände einzurichten, bei denen der Kirche, der Gemeinde und den Lehrern eine angemessene Vertretung zu gewähren ist;
3. zur Beseitigung der unbilligsten Ungleichheiten in den Lehrerbesoldungen werden in dem Etat für 1906 die hierzu bestimmten Dispositionsfonds von 200000 M zunächst auf 5 Millionen Mark erhöht."

Durch die Verständigung zwischen den Nationalliberalen und den beiden konservativen Fraktionen wurde dem vorgebeugt, daß durch das Zentrum und die Deutschkonservativen die Bestimmungen des Gesetzes über die Konfessionsschule schroffer gestaltet würden, und dafür gesorgt, daß der vom Gesetze eingeschlagene Mittelweg inne gehalten wurde.

Organe der Selbstverwaltung geregelt werden mußte. Die Regierung hatte verstandiger Weise diese schwierige Regelung, so nahe es gelegen hätte sie zu versuchen, einem späteren Gesetze vorbehalten. Sie hatte sich lediglich darauf beschränkt, in ihrem Entwurfe die verfassungsmäßige Pflicht des Staates, bei nachgewiesenem Unvermögen einzelner Gemeinden ergänzungsweise mit Beihilfen einzutreten, ausdrücklich anzuerkennen. Sie hat auch dies vielleicht nur getan, um ängstlichen Gemütern Sicherheit über den staatlicherseits einzunehmenden Standpunkt zu gewähren, und um Besorgnisse, daß die Gemeinden allein die Schullast tragen sollten, zu zerstreuen.

Nach dem Gesetzentwurfe sollte also auf diesem Gebiete der Verwaltung bis auf weiteres alles beim Alten, und die Verwaltung und Verwendung der zu Unterstützungen etatsmäßig bestimmten Fonds lediglich dem Ministerium überlassen bleiben, bis durch spätere Gesetze eine anderweite Regelung herbeigeführt würde[1].

Die Regierung bekannte sich aber, das muß wiederholt betont werden, durch die wörtliche Wiedergabe des Satzes der Verfassung, daß die Unterhaltung der Schulen Sache der Gemeinden sei, und daß der Staat nur im Falle des nachgewiesenen Unvermögens einzutreten habe, in dem Entwurfe zu der unbedingten Aufrechterhaltung und Durchführung dieses Grundsatzes.

Konsequenzen der Aufrechterhaltung des Verfassungsgrundsatzes

Konsequenter Weise mußte die Regierung, wenn sie diesen Grundsatz aufrecht erhalten und durchführen wollte, auch entschlossen sein, in den späteren, von ihr ins Auge gefaßten Ge-

---

[1] Zur freien Verfügung der Unterrichtsverwaltung standen die Fonds im Kapitel 121 des Staatshaushaltsetat Tit. 34 für Beihülfen an Schulverbände wegen Unvermögens . . . . 13934687 Mark
Tit. 35 zur Errichtung neuer Schulstellen . . . . 590304 „
Tit. 38 zur Unterstützung von Schulverbänden (ausschließlich von Kirchengemeinden bei Küsterschulbauten) wegen Unvermögens bei Elementarschulbauten . . . . 1050000 „
dem Fonds ist in den letzten Jahren im Extraordinarium ein Betrag von je . . . . 3000000 „
hinzu getreten.

setzen über die Regelung der Beteiligung des Staates an der Aufbringung der Schullasten die Beseitigung der Bestimmungen der Gesetze von 1888/89 und des Lehrerbesoldungsgesetzes, die den Gemeinden Staatsbeihülfen zu den Schulkosten gewähren, ohne daß ihr Unvermögen überhaupt geprüft oder nachgewiesen wird, herbeizuführen. Die Weiterzahlung der Staatsbeiträge zu den Alterszulage-, Lehrerpensions- und Reliktenkassen dagegen, die streng genommen auch den Gemeinden, ohne daß ihre Leistungsfähigkeit oder Unfähigkeit in Betracht gezogen wird, die Schullast erleichterte, kann aber wohl mit dem Grundsatze der Verfassung vereinigt werden, und braucht mit Rücksicht auf sie nicht eingestellt zu werden, weil es sich bei ihnen um Befriedigung von Ansprüchen handelt, die Lehrer und deren Angehörige weniger gegen eine bestimmte Gemeinde, als vielmehr gegen die Schulverwaltung im allgemeinen oder wenigstens größerer Bezirke erheben können.

Ein Lehrer, der Anspruch auf Ruhegehalt und Alterszulage hat, wird nur in ganz seltenen Fällen seine ganze Dienstzeit, auf der sein Anspruch beruht, und nach deren Dauer sein Anspruch auf Pension oder Zulage sich abstuft, in der Gemeinde verbracht haben, in der ihm der Anspruch erwächst. Es würde unbillig und hart sein, grade der Gemeinde, in der einem Lehrer die Alterszulage zukommt, oder in der er in den Ruhestand tritt oder stirbt, die Zahlungen der Pension und der Reliktenbezüge aufzubürden.

Diese Erwägungen und die Unzuträglichkeiten, die daraus früher erwachsen waren, daß man jeder Gemeinde die Zahlung der Pension ihrer Lehrer unter Inanspruchnahme des Stelleneinkommens überließ, sowie die Erfahrung, daß man ohne Eintreten des Staates von der Durchführung des Systems der Alterszulagen, abgesehen von größeren Städten, hätte Abstand nehmen müssen, haben zu der Bewilligung der erheblichen Staatszuschüsse zu den genannten Kassen geführt, und rechtfertigen es, daß sie auch weiterhin gezahlt werden, selbst dann, wenn der Grundsatz, daß nur unvermögenden Gemeinden Beihülfen zu den Schullasten gezahlt werden, streng und mit rückwirkender Kraft zur Durchführung gebracht werden sollte.

Daß die Zurückziehung der im Widerspruch mit der verfassungsmäßigen Stellung des Staates zur Schulunterhaltungspflicht in den Jahren 1888/89 den Gemeinden gewährten Beiträge zu den

Lehrerbesoldungen in den Gemeinden auf großen Widerstand stoßen und unangenehm empfunden werden würde, ist sicher. Nachdem die Gemeinden diese Zuschüsse eine lange Reihe von Jahren bezogen und durch sie sich vielfach haben verleiten lassen, besondere Schuleinrichtungen zu treffen, deren Erhaltung durch die Zurückziehung in Frage gestellt werden könnte, werden sie ungern auf diese Einnahmen verzichten. In vielen kleineren Städten z. B. bestanden vor 1888 Volksschulen zweierlei Art. Eine oft so genannte „Armenschule“ mit Schulgeldfreiheit oder einem geringen Schulgelde und die „Stadtschule“ mit einem höheren Schulgelde. Die Folge davon war, daß von dieser Stadtschule die Kinder der ärmeren Bevölkerung fern blieben, und daß sie vollkommener wie die Armenschule die Ziele der Volksschule erreichen konnte, also zur Erziehung der Kinder der Bürgerschaft, die kaum höhere Bildung beanspruchten, ausreichte. Nach Aufhebung des Schulgeldes im Jahre 1888 war es nicht mehr möglich, diese soziale Trennung aufrecht zu erhalten. Die Armenschulen mußten ihren Charakter verlieren, und die Stadtschulen mußten sich infolge Zudranges minderwerter Elemente mit der Erreichung niederer Ziele begnügen. Das gefiel den Bürgern, die ihren Kindern gern mehr lehren lassen wollten, nicht und führte vielfach zur Gründung von Mittelschulen in kleinen Städten, denen durch die Staatsbeiträge dazu die Mittel an die Hand gegeben wurden, die ihnen trotz ihrer Leistungsfähigkeit aus der Staatskasse gezahlt wurden.

Allein der mit der Zurückziehung der Staatsbeiträge verbundenen finanziellen Schwierigkeiten würde man wohl leicht Herr werden können, wenn der Staat bei der Zurückziehung darauf verzichtete, Ersparnisse für die Staatskasse zu erzielen, und die durch die Einstellung der Beitragszahlung frei werdenden Summen lediglich zur Erhöhung der Etatspositionen zur Unterstützung leistungsunfähiger Gemeinden verwenden und sich damit in den Stand setzen wollte, allen Gemeinden, in denen infolge der Einstellung der Zahlung der Beiträge zur Lehrerbesoldung finanzielle Nöte entstünden, ausgiebig und sofort helfen zu können.

Es ist unzweifelhaft, daß eine ganze Reihe von Gemeinden sehr wohl im stande ist, ohne diese Stellenbeiträge und ohne Überlastung ihrer Einwohner mit Kommunalsteuern, die gesamten Schullasten zu tragen, zumal durch Überweisung der staatlichen

Grund- und Gebäudesteuer den Gemeinden neue steuerliche Hülfsquellen erschlossen sind, gerade mit der Absicht, sie zur Tragung der Schullasten kräftiger zu machen.

Den Verfassungsgrundsatz rückwirkend zur Geltung zu bringen ist ausgeschlossen

Allein nach dem Gange, den die Verhandlungen über das Schulunterhaltungsgesetz im Landtage genommen haben, und nach der Stellung, die das Gesetz jetzt zu der Beteiligung des Staates an den Schullasten der Gemeinden einnimmt, kommt die Erwägung, ob die in Widerspruch mit der Verfassung stehenden, durch frühere verfassungsmäßig zu stande gekommene Gesetze den Gemeinden ohne Rücksicht auf ihre Leistungsunfähigkeit bewilligten Beiträge zurückgezogen werden sollen, nicht mehr in Frage. Der Landtag hat in das Gesetz und zwar unter Zustimmung der Regierung, die dagegen keine prinzipielle, sondern nur finanzielle Bedenken geltend machte, Bestimmungen aufgenommen, die einen weiteren Schritt auf der 1888 in dem Gesetze über die Erleichterung der Volksschullasten betretenen Bahn darstellen, und hat dem Staate eine prinzipale Unterhaltungspflicht der Schulgebäude auferlegt im Gegensatz zu der in der Verfassung ihm auferlegten subsidiären Pflicht.

Der Landtag hat den Wortlaut des von der Regierung in ihrem Entwurf aufgenommenen Satzes der Verfassung, daß der Staat im Falle des nachgewiesenen Unvermögens mit seinen Mitteln den bedürftigen Gemeinden ergänzungsweise helfen müsse, zwar unverändert in dem Gesetze stehen lassen, und hat auch durch wesentliche Erhöhung der von der Regierung für Unterstützungszwecke geforderten Beträge dafür gesorgt, daß die Regierung in den Stand gesetzt werde, in liberalster Weise bei der Beurteilung der Leistungsunfähigkeit der Gemeinden und Gewährung der Beihülfen zu verfahren. Er hat sich damit ebenso wie die Regierung zu diesem verfassungmäßigen Grundsatze bekannt, aber doch, wie schon hervorgehoben, nur theoretisch.

Beteiligung des Staates an den Schulbaukosten nach dem Gesetze

Denn er ist damit, daß er in das Gesetz eine Vorschrift (§ 21) aufgenommen hat, nach der in allen Schulverbänden mit nicht mehr als 7 Schulstellen ein Drittel der durch notwendige

Bauten für Volksschulzwecke entstehenden Kosten vom Staate getragen werden sollen, soweit sie im Etatsjahre 500 Mark für die Stelle übersteigen, von diesem Grundsatze wieder abgewichen, und hat das Gesetz mit ihm in einen direkten Widerspruch gesetzt. Mögen auch unter den Gemeinden mit 7 oder weniger Schulstellen recht viele sein, die zur Vornahme von Bauten an den Schulhäusern, wenn es sich nicht nur um ganz kleine Reparaturen handelt, auf eigene Kosten nicht imstande sind, so sind sicher doch unter ihnen auch solche, die recht wohl imstande sind, solche Baukosten aus eigenen, sei es auch im Wege einer Anleihe zu beschaffenden, Mitteln zu bestreiten. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn sie in ihrer Baukasse, die nach einer vortrefflichen Vorschrift des Gesetzes in allen Gemeinden mit 25 und weniger Schulstellen gebildet werden soll (§ 14), schon einen gewissen Betrag angesammelt haben werden, den sie verwenden können. Auch solchen Gemeinden muß nun nach dem Gesetze (§ 22) der Staat ein Drittel der Kosten vergüten und kann ihnen die Zahlung nicht vorenthalten, auch wenn deren Leistungsfähigkeit ganz klar zu Tage liegt.

Diese Wohltat beschrankt das Gesetz auf die Gemeinden mit 7 oder weniger Schulstellen.

Während das Lehrerbesoldungsgesetz den Gemeinden mit mehr wie 25 Stellen nur für 25 Stellen die durch die Gesetze zur Erleichterung der Schullasten auch ihnen für alle Stellen bewilligten Beiträge beließ, die großen Orte also schlechter stellt wie die kleineren, in der Annahme, daß erstere leistungsfähig seien und solcher weitgehenden Erleichterung nicht bedürften, wird jetzt eine Kategorie dieser kleineren Gemeinden, die kleinsten mit nur 7 oder weniger Schulstellen, in der Annahme, daß sie durch jeden etwas größeren Baufall in finanzielle Bedrängnis kämen, eine bevorzugte Stellung vor den übrigen kleinen eingeräumt.

Diese Zahl 7 ist recht willkürlich gegriffen. Während in der Kommissionsverhandlung anfangs 3 dann 4 Stellen als maßgebend für Bezahlung des Baukosten-Drittels angenommen wurde, ist sie dann später nach dem Sprichwort „der Appetit kommt beim Essen“ auf 7 erhöht worden, damit ja recht vielen Gemeinden diese Staatshülfe zu teil würde. Zu diesen Gemeinden und Schulverbänden gehören wohl ausnahmslos alle Landgemeinden des Ostens

der Monarchie, sofern sie nicht Vorstadtgemeinden der Großstädte sind, und die Mehrzahl der Landgemeinden des Westens, und weiter die Mehrzahl der kleinen Landstädte. Es stellt sich also diese Uebernahme des Drittels der Baukosten im wesentlichen als eine der ländlichen Bevölkerung erwiesene Wohltat, als eine Art Liebesgabe an die Grundbesitzer, die ja das Gros der Landgemeinden bilden, heraus. Anlaß zu diesem Vorgehen hat einmal die Wahrnehmung gegeben, daß in Wirklichkeit diese kleinen Gemeinden durch jeden Bau, der mehr wie 500 Mark für jede Stelle im Jahre kostet, bedrückt werden, dann aber auch die Erwägung, daß es billig sei, den Gemeinden namentlich des Ostens, aus denen die Bevölkerung vor allen nach den Städten und industriereichen großen Gemeinden des Westens wandert, nachdem sie in den auf Kosten der Dörfer gehaltenen Schulen großgezogen sind, die Schullasten überhaupt möglichst abzunehmen, ohne Rücksicht auf ihre Leistungsfähigkeit.

Diese mechanische Abgrenzung des Kreises der Gemeinden, denen in allen Baufällen von einiger Bedeutung ohne Prüfung ihrer Bedürftigkeit ein Drittel der Baukosten vom Staate gezahlt werden soll, nach der Zahl der Schulstellen, hat man auch darum beliebt, weil man die Weiterungen, die aus der Inanspruchnahme der staatlichen Unterstützungsfonds bei dem bisherigen Verfahren in allen Fällen entstanden sind, auf möglichst wenig Falle beschränken und sie namentlich da beseitigen wollte, wo es sich um Bewilligung geringer Summen bei kleinen Bauten in kleinen Gemeinden handelte, und wo das finanzielle Ergebnis für die Gemeinde nicht im richtigen Verhältnis zu den aufgewandten Arbeiten der Behörden stände. Mit der Ausschaltung der Baufälle in den sämtlichen kleinen Gemeinden, die nur bis zu sieben Schulstellen haben, glaubte man dies an sich ja erstrebenswerte Ziel — Beschränkung des Schreibwerkes und Beseitigung langwieriger Verhandlungen um Bagatellen — erreichen zu können.

Um das zu verstehen, muß man das Verfahren zur Erlangung einer Baubeihülfe kennen.

Verhandlungen über Bewilligung von Baubeihülfen

Wenn in einer leistungsunfähigen Gemeinde ein Schulhausneubau oder ein Umbau notwendig ist, sei es, daß das alte

Haus baufällig oder zu klein geworden, mußte zuerst seitens der Regierung als Schulaufsichtsbehörde, nachdem ihr von den Mängeln des Schulhauses Kenntnis gegeben war, mit der Gemeinde über den Bau verhandelt werden, um sie zu bewegen, den Neu- oder Umbau zu beschließen. Wenn der Gemeinde dabei auch versprochen wird, beim Minister für sie einen Beitrag zu den Kosten zu erwirken, — eine bestimmte Zusage konnte die Regierung nicht geben, auch nicht eine bestimmte Summe in Aussicht stellen — so sind doch die Gemeinden oft nur schwer, meist auch gar nicht zur Fassung eines bestimmten Beschlusses zu bewegen. Es muß dann die Bauausführung durch ein Resolut auf Grund des § 47 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 bestimmt werden. Gegen dies Resolut kann die Gemeinde im Verwaltungsstreitverfahren vorgehen und Entscheidungen des Kreisausschusses, Bezirksausschusses und Oberverwaltungsgerichtes beantragen. Erst wenn eine endgiltige Entscheidung oft nach langer Zeit ergangen ist, kann die Regierung dann beim Minister wegen Bewilligung einer Baubeihülfe vorstellig werden und unter Vorlage eines Bauplanes mit Kostenüberschlag und unter Beifügung weitläufiger Tabellen über die Vermögenslage der Gemeinde, über die Steuerleistungen ihrer Mitglieder und ihre Belastung mit Steuern, Renten und Zinszahlungen, den Nachweis zu bringen versuchen, daß die Gemeinde leistungsunfähig sei, und einen Beitrag in einer bestimmten Höhe für sie erbitten. Die Beihülfe wird dann unter der Voraussetzung vom Minister bewilligt, daß die Gemeinde vorweg den Betrag der Baukosten trägt, den die Regierung als den von ihr aufzubringenden in ihrem Bericht bezeichnet hat. Die Erfüllung dieser Bedingung muß nach Vollendung des Baues bei der Aufstellung der Schlußrechnung nachgewiesen werden. Stellen sich die Gesamtkosten geringer als veranschlagt war, dann kommt dies nicht der Gemeinde zu Gute, sondern führt zu einer entsprechenden Minderung des Staatsbeitrages. Diese Verhandlungen mußten in gleicher Weise in allen Fällen geführt werden, in denen zu Schulbaukosten ein Staatsbeitrag notwendig war, mochte es sich um einen großen oder geringen Bau handeln[1]).

[1]) Ein Bild von der Weitläufigkeit solcher Verhandlungen über einen Schulhausbau gibt das preuß. Schularchiv Jahrgang II Seite 97 u. folgende.

Daß diese Verhandlungen allen Beteiligten unleidlich sind, weiß jeder, der einmal amtlich mit Schulhausbausachen in armen Gemeinden zu tun gehabt hat. Diese Weiterungen werden jetzt fortfallen, wenn eine arme Gemeinde, die Bauten am Schulhause auszuführen hat, unter Zuhilfenahme des Drittels der Kosten, das ihr der Staat nach dem Gesetze ohne Nachweis ihrer Bedürftigkeit zahlen muß, die Kosten bestreiten kann. Anderen Falles aber — und diese Fälle werden, namentlich wenn es sich um größere Bauten handelt, noch zahlreich sein — werden diese Weiterungen bestehen bleiben, so lange bis auch die Bewilligung der Baubeihilfen dezentralisiert und an die Mitwirkung der Selbstverwaltungsbehörden in ähnlicher Weise wie die Verteilung der sonstigen Beihilfen gebunden sein wird. Wenn dies geschieht und wenn die Bewilligungen von Beihilfen zu Schulbauten so behandelt werden, wie die übrigen Unterstützungsbewilligungen an bedürftige Gemeinden, dann erst würden die Schreibereien, die jetzt allen bei der Erlangung einer Baubeihilfe beteiligten Behörden erwachsen, aufhören, und die endlosen mit der bedürftigen Gemeinde zu führenden Verhandlungen fortfallen. Hätte man im Gesetze dies angeordnet, dann hätte man nicht nötig gehabt, um die Belastung der Behörden mit Arbeit zur Erlangung solcher Beihilfen in ein richtiges Verhältniß zu dem finanziellen Ergebnis zu setzen, den Staat gesetzlich zum Ersatz eines Drittels aller Baukosten an die Gemeinden mit 7 Schulstellen oder weniger zu verpflichten, und damit in dem Gesetze von dem in ihm proklamierten Grundsatze, daß der Staat nur an nicht leistungsfähige Gemeinden Unterstützung gewähren solle, gleich eine bedeutungsvolle Ausnahme zu machen . . . .

Um diesen Widerspruch mit der Verfassung zu vermeiden, wurde in der zur Beratung des Gesetzentwurfes bestellten Kommission des Abgeordnetenhauses versucht, die Übernahme des Drittels der Kosten seitens des Staates an die Bedingung zu knüpfen, daß in den Gemeinden, denen diese Wohltat zu Teil werden solle, mindestens 50% der staatlichen Einkommensteuer von den Schulunterhaltungspflichtigen zu Schulzwecken aufgebracht würden [1]). Die Verwendung von 50% Einkommensteuer zu Schulzwecken als Kriterium der Leistungsunfähigkeit hinzustellen, wurde

[1]) Bericht der Kommission d. H. d. Abg. Drucksache 288 1905/6 Seite 145.

indeß als ungeeignet erkannt und nicht in das Gesetz aufgenommen, und es hat nun also der Staat den Gemeinden mit nicht mehr als 7 Schulstellen ein Drittel der in einem Etatsjahr verausgabten Baukosten zu ersetzen, wenn diese Kosten 500 M für jede Stelle übersteigen. In einer Gemeinde mit 7 Lehrern wird also der Staat erst dann etwas zu zahlen haben, wenn die Gemeinde 3500 M im Jahr zu verbauen gehabt hat.

Durch einen Zusatz zu der Vorschrift, die diese Staatspflicht einführt, wird bestimmt, daß der staatliche Baubeitrag nicht gezahlt zu werden brauche, wenn der Aufwand für Bauten dadurch entstanden ist, daß der Schulverband seine Gebäude seit dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht mit der gebotenen Sorgfalt unterhalten habe. (§ 17 Abs. 1 am Ende).

Daß diese an sich ja vollberechtigte Bestimmung Anlaß zu vielen Streitigkeiten geben wird, soll hier nur nebenbei bemerkt werden. Die Gemeinden werden bestrebt sein, damit ihre Bauaufwendungen in einem Etatsjahre 500 M für die Stelle überschreiten, Reparaturbauten recht lange hinaus zu schieben, wogegen die Staatsaufsichtsbehörden im Gegenteil auf rechtzeitige Herstellung der Bauschäden dringen müssen, um die Baukosten des einzelnen Jahres zu verringern.

Verteilung des Unterstützungsfonds

Der Landtag hat weiter die von der Regierung in dem Gesetzentwurf geübte Zurückhaltung gegenüber der Frage, wie die Verwaltung der staatlichen Unterstützungsfonds zu gestalten sei, und ihre Absicht, erst durch später zu erlassende besondere Gesetze diese Verwaltung neu zu regeln, nicht gebilligt, und es für unerläßlich gehalten, in dem Gesetze über die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen die Verpflichtung des Staates zur Gewährung von Beihilfen zu den Kosten nicht nur in der von der Regierung in ihrer Vorlage beliebten kurzen Weise zu erwähnen, sondern auch Vorschriften für die Verwaltung der Fonds zur Unterstützung und für ihre Verteilung zu geben[1]).

Hierbei handelt es sich um zweierlei. Einmal erscheint es notwendig, für die Verteilung der Unterstützung an Gemeinden bestimmte Merkmale für die Leistungsunfähigkeit der Gemeinden,

[1]) § 18 und folgende des Gesetzes. Vergl. auch Bericht der Kommission des Abgeordnetenhauses Drucksache 288 1905/06 Seite 104 ff.

die ja nach der Verfassung nachgewiesen sein soll, festzustellen, und dann zweitens die Staatsstellen zu bestimmen, denen die Bewilligung der Unterstützungen, also die Verteilung der Staatsmittel zu übertragen sei, und das von ihnen dabei zu beobachtende Verfahren zu regeln.

Kriterien der Leistungsunfähigkeit

Alle Versuche, die der Landtag gemacht hat, um diese erste Frage zu lösen, d. h. also um bestimmte Merkmale für die Leistungsunfähigkeit der Gemeinden gesetzlich festzulegen, haben zu keinem Resultate geführt. Der Landtag hat davon Abstand genommen, im Gesetze äußere Merkmale für die Vermutung der Leistungsunfähigkeit der Gemeinden festzusetzen. Die zur Beratung des Gesetzes bestellten Kommissionen der Häuser des Landtages haben anerkannt, daß es unmöglich sei, nach dem Steuerfuß einen zutreffenden Maßstab für die Beurteilung des Unvermögens einer Gemeinde zu konstruieren, etwa in der Weise, daß man die Anwendung von bestimmten Prozenten einzelner oder aller staatlich veranlagten Steuern — seien es z. B. 50% oder 75% — für Schulzwecke als Vorbedingung für Gewährung staatlicher Hilfe verlange. Sie haben eingesehen, daß es zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit einer Gemeinde notwendig sei, nicht nur alle Lasten ins Auge zu fassen, die eine Gemeinde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu tragen habe, sondern auch die Gesamtverhältnisse der Gemeinden in Betracht zu ziehen. Sie haben gefürchtet, wenn sie im Gesetze einen schematischen Maßstab für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Gemeinden aufstellen wollten, in den Fehler zu verfallen, der gegenüber manchen Behörden, die nach solchem Schema bei der Stellungnahme zu den Anträgen auf Beihilfen von Gemeinden, sei es zu den laufenden Schulkosten sei es zu Baukosten, verfahren sind, wiederholt zu öffentlichen Klagen Anlaß gegeben hat.

Man hielt es mit Recht für untunlich, im Gesetze etwa zu bestimmen, daß jede Gemeinde, die mehr als einen bestimmten Prozentsatz z. B. 50% der Einkommensteuer oder dieser und anderer Steuern für Schulzwecke jährlich erheben müsse, als leistungsunfähig anzuerkennen sei, und daß sie verlangen könne, es müsse ihr zur

Deckung weiterer Schulkosten dann Staatsbeihilfe gewährt werden, weil damit den Gemeinden ein unerträgliches Verfügungsrecht über Staatsmittel eingeräumt würde, und man nahm deshalb davon Abstand, im Gesetz eine derartige Vorschrift zu geben.

Das Gesetz läßt also dem Ermessen der Behörden, die zur Bewilligung der staatlichen Unterstützungen berufen werden, freien Spielraum für ihre Entscheidungen, gibt ihnen keinen Maßstab für die Bildung ihres Urteils, und überläßt es ihnen, alle Verhältnisse der Gemeinden bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit in Betracht zu ziehen.

Das Gesetz trifft weiter dann auch Fürsorge, daß Gemeinden, die sich durch Versagung einer erbetenen Beihilfe von seiten der zu ihrer Bewilligung berufenen Behörde beschwert glauben, nicht etwa unter Berufung auf die von ihnen erhobenen hohen Gemeindeabgaben Klage im Rechtswege oder im Verwaltungsstreitverfahren anstellen können, indem es ausdrücklich den Klageweg auf Anerkennung solcher Ansprüche gegen den Staat verbietet. (§ 18 d. Gesetzes).

Behörde für die Verteilung der Beihilfen

Von besonderer Bedeutung ist die zweite Frage, welche Behörde mit der Verteilung der Unterstützungen betraut werden soll. Hier galt es eine Behörde zu wählen, die nach ihrer Stellung im Staatsbetriebe und nach ihrer Zusammensetzung Sicherheit dafür bietet, daß sie die gesamten bei der Beurteilung der Leistungsunfähigkeit in Betracht zu ziehenden Verhältnisse der Gemeinden eines bestimmten Bezirkes übersehen und beurteilen kann, die fähig ist eine objektive Entscheidung zu treffen auf Grund ihrer Kenntnis des Bezirkes und das Vertrauen des Bezirkes genießt, in dem sie die Verteilung vornehmen soll.

Bisher ist die Verwaltung und Verteilung der zu Beihilfen an bedürftige Gemeinden bestimmten etatsmäßigen Fonds dem Minister überlassen gewesen. Es sind weder durch den Staatshaushaltsetat noch sonst durch Gesetze dem Minister für die geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten Vorschriften für die Verwendung der Fonds und ihre Verteilung an die einzelnen Regierungsbezirke gegeben. Keinem anderen Minister sind auch nur annähernd ähnlich große Fonds zur freien

Verfügung überwiesen worden[1]. Von dem Minister sind zwar den einzelnen Regierungen, in den ihnen zugefertigten Etats, für ihre Schulverwaltung bestimmte Summen zugeteilt, deren Beträge sich nach und nach, je nach den von ihnen erbetenen und als notwendig nachgewiesenen Zuschüssen, gestaltet haben. Allein der Minister war stets in der Lage, von diesen Summen Abzüge zu machen, wenn er z. B. annahm, daß infolge besonderer Verhältnisse das Bedürfnis zur Fortgewährung der ja stets nur widerruflich bewilligten Beihilfen sich vermindert hätte, oder wenn er über die Gelder anderweit verfügen zu müssen glaubte. Eine solche erhebliche Zurückziehung erfolgte z. B. nach der Bewilligung der Staatsbeiträge im Jahre 1888/89, weil der Minister annahm, daß in vielen Gemeinden die Leistungsunfähigkeit, wenn nicht ganz gehoben, so doch gemindert sei; das erregte viel Unzufriedenheit im Lande.

Die Unterstützungen wurden entsprechend der Vorschrift des Etats als stets widerrufliche Beihilfen bewilligt und als solche im Gegensatze zu den gesetzlich geordneten Staatsbeiträgen stets bezeichnet. Aus dieser Widerruflichkeit der Beihilfen erwuchsen mancherlei Unzuträglichkeiten insofern, als die Gemeinden oft an ihr Anstoß nahmen, wenn ihnen unter Zusicherung solcher Beihilfen zugemutet wurde, eine dauernde Ausgabe für Schulzwecke

[1] Es handelt sich zuerst um die im Staatshaushaltsetat für 1907/08 Cap. 121 unter Titel 34 als „Beihülfen an Schulverbände wegen Unvermögens für die laufenden Ausgaben der Schulunterhaltung“ mit 17 492 893 Mk. zur Verfügung gestellte Summe. Dann um die im Tit. 36 für Errichtung neuer Schulstellen bestimmten 501 818 Mk., ferner um die nach Tit. 35a und 37a zur Unterstützung an Lehrer und Lehrerinnen zu verwendenden 624 976 und 550 000 Mk. sowie um die in Tit. 37 zu Zulagen und Remunerationen an Lehrer, die in den Provinzen Posen und Westpreußen in den gemischtsprachigen Kreisen angestellt oder dort pensioniert sind, bestimmten 1 150 000 Mk.

Es kommen endlich in Betracht die im Ordinarium des Etats cap. 121 tit. 38 mit 4 000 000 Mk. und im Extraordinarium mit 2 000 000 Mk. zur Unterstützung von Schulverbänden wegen Unvermögens bei Elementarschulbauten vorgesehenen Beträge. Zu unterscheiden von den „Beihülfen“ sind die im Etat Cap. 171 Tit. 32 aufgeführten 29 360 000 Mk., die der Staat in Folge der Gesetze von 1888/89 betreffend Erleichterung der Volksschullasten zu zahlen hat: die aus diesem Fonds den Gemeinden gewährten „Ergänzungszuschüsse“ sind dauernd bewilligt, während die Beihülfen nur widerruflich bewilligt werden.

(Vgl. wegen des Unterschieds oben S. 15 Anm. 1 und überhaupt S. 48.)

(z. B. eine Erhöhung des Lehrergehaltes) zu beschließen, und sie auf Grund gemachter Erfahrungen den Versprechungen der Regierungen, daß die Beihilfen unverändert bleiben sollten, so lange ihre Finanzlage unverändert bliebe, nicht trauten. Namentlich fühlbar wurde dieser Umstand bei der Durchführung des Lehrerbesoldungsgesetzes vom 3. März 1897, wenn es sich um die Erhöhung eines Lehrergehaltes über das im Gesetz auf 900 M. bestimmte Mindestgehalt eines Lehrers in einer Gemeinde handelte, die zur Aufbringung eines höheren Gehaltes unvermögend war. Die Regierungen konnten ein solches Gehalt nur auf Grund eines Gemeindebeschlusses auf dauernde und bedingungslose Bewilligung der Gehaltserhöhung festsetzen, während die Gemeinden verlangten, daß die Regierung sich vorher verpflichten solle, die Beihilfen dauernd zu bewilligen. Hierzu war die Regierung nicht befugt. Da auch die Kreisausschüsse, die nach dem Gesetz vom 26. Mai 1887 berufen sind, eine Gemeinde zur Übernahme einer von der Schulaufsichtsbehörde verlangten Mehrausgabe für Schulzwecke für verpflichtet zu erklären, es ablehnten, unvermögende Gemeinden zur Erhöhung der Lehrergehälter auf Grund der von der Regierung nur in Aussicht gestellten widerruflichen Beihilfen anzuhalten, konnten in vielen Fällen die beabsichtigten Erhöhungen der Lehrergehälter nicht erreicht werden. — Diese Zentralisierung der Unterstützungsfondsverwaltung deckt sich mit der im Kultusministerium überhaupt beliebten Zentralisation der Schulverwaltung, die sich namentlich auch darin zeigt, daß fast in keinem Falle die Entscheidungen der Provinzialbehörden endgültige sind, und auch die Kleinigkeiten zur Entscheidung der Zentralinstanz gebracht werden können, oder daß zu geringfügigen Anordnungen ihre Genehmigung einzuholen ist.

Gegen die Zentralisierung der Fondsverwaltung sind im Laufe der Jahre im Landtage bei den Verhandlungen über Schulfragen oftmals laute Klagen erhoben worden, wegen der aus ihr entsprungenen Unzuträglichkeiten und namentlich wegen der schablonenartigen Weise, mit der die Unterstützungen von den Regierungen, die nach Anweisung von oben handeln mußten, verteilt wurden. Man verlangte Dezentralisation dieser Fondsverwaltung, Mit-

wirkung der Organe der Selbstverwaltung und Änderung der Organisation der Aufsichtsbehörden [1]).

In den Motiven des Gesetzes [2]) stellte die Regierung eine Erfüllung dieser Wünsche in Aussicht, soweit sie auf eine Beteiligung der Organe der Selbstverwaltung bei der Verteilung der Unterstützungsfonds unter die bedürftigen Gemeinden gerichtet waren. Diese Ordnung sollte im Verwaltungswege durch ministerielle Verordnung eingeführt werden. Das Ministerium wäre zum Erlaß einer solchen Anordnung berechtigt gewesen, da ja im Etat für die Art und Weise der Verwendung der Fonds keine seine Macht einschränkenden Anordnungen getroffen sind.

Über die Frage, ob in dem Gesetze eine weitergehende neue Behördenorganisation vorgenommen werden solle, ist in der Kommission des Abgeordnetenhauses eingehend bei der Beratung über den in § 4 und 5 des Gesetzentwurfes geregelten Instanzenzug zur Beschlußfassung über die Bildung, Änderung und Auflösung der Gesamtschulverbände verhandelt worden. Allseitig, auch von den Vertretern des Ministeriums, ward anerkannt, daß eine weitergehende Beteiligung der Selbstverwaltungsorgane bei der Unterrichtsverwaltung geboten sei. Allein man nahm doch Abstand von Versuchen, in dem Rahmen des Schulunterhaltungsgesetzes die Behördenorganisation zu reformieren, weil man fürchtete, damit das Zustandekommen des Gesetzes zu gefährden [3]).

Der Landtag wollte es aber dem Ministerium nicht überlassen, lediglich nach seinem Ermessen die Beteiligung der Organe der Selbstverwaltung bei der Verteilung der Beihilfen an die bedürftigen Gemeinden zu ordnen: er wollte vielmehr die Dezentralisation der Fondsverwaltung und die Art und Weise der Mitwirkung der Selbstverwaltungsbehörden unabhängig machen von der ministeriellen Verfügungsgewalt und sie dauernd nach seinen Wünschen sichern. Der Landtag hat daher in das Gesetz bestimmte Vorschriften über die Mitwirkung der Organe der Selbstverwaltung bei der Verwendung der Unterstützungsfonds aufgenommen und

---

[1]) cf. z. B. Verhandl. d. Abg.-H. v. 13. März 1903 43. Sitzung.

[2]) Siehe Ausführung in den Motiven zu § 48 und 49 der Vorlage. Seite 99 u. f. Drucksache d. H. d. Abg. 1905/06 N. 11.

[3]) Bericht d. Kommiss. d. H. d. Abg. 288 Drucksach. 1905/6, S. 21 u. ff.

damit dem Ministerium die selbständige Ordnung dieser Angelegenheit entzogen (§§ 19 bis 23 des Gesetzes).

Dezentralisation der Fondsverteilung

Das Gesetz dezentralisiert die Fondsverwaltung in der Weise, daß es den großen Gesamtfonds zur Gewährung von Staatsbeihilfen unter die Landkreise des Staates verteilt[1]) und den Kreisausschüssen die Bewilligung der Unterstützungen an die Schulverbände überträgt. Diese Organe der Selbstverwaltung, die im Staatsleben zweierlei Funktionen, nämlich als Beschlußbehörden und als Verwaltungsgerichte, auszuüben haben, und weiter die laufende Verwaltung der Kreiskommunalverwaltung führen, bestehen aus dem Landrat und 6 vom Kreistage gewählten Mitgliedern des Kreistages. Sie kennen, wie anzunehmen ist, die gesamten Verhältnisse der Gemeinden des Kreises und können sich ohne jede büreaukratische Weitläufigkeit, wenn nötig, leicht und schnell näher unterrichten, sind also besser wie jede andere Behörde zu einer richtigen Verwendung der für ihren Kreis bestimmten Unterstützungssumme imstande. Ihnen die möglichst selbständige Verteilung der Fonds zu übertragen, ist sicher der geeignetste Weg.

Das Gesetz unterscheidet bei der Dezentralisation zwischen Schulverbänden mit 25 und mehr Schulstellen und denen mit weniger Stellen (§ 14—20), beläßt es bezüglich der Gemeinden mit 25 und mehr Stellen bei dem seitherigen Verfahren, d. h. überläßt die Verteilung von Unterstützungen der Zentralinstanz, und trifft nur für die Schulverbände mit weniger als 25 Schulstellen besondere Anordnungen über die Verteilung der Unterstützungen durch die Kreisausschüsse.

Bei der Unterscheidung zwischen Gemeinden mit mehr als 25 Schulstellen und denen mit 25 Stellen oder weniger hat man sich wohl lediglich an diese im Lehrerbesoldungsgesetze eingeführte Scheidung gehalten und sie einfach übernommen, in der Annahme, daß Orte mit mehr als 10 bis 13000 Einwohnern, in denen nachweislich in der Regel die Volksschulen mit mehr wie 25 Lehrkräften

---

[1]) Die Stadtkreise kommen nicht in Betracht, weil alle Städte, die einen eigenen Kreis bilden können, mehr wie 25000 Einwohner haben müssen, also auch 26 und mehr Schulstellen besitzen. Im Gesetze selbst ist nur von „Kreisen" die Rede.

besetzt sind, aus eigenen Mitteln die Kosten der Schulen mit Hilfe der ihnen belassenen Staatsbeiträge bestreiten können, ohne auf Staatsbeihilfe Anspruch zu machen. In wie weit diese Annahme erfahrungsmäßig zutreffend ist, ergeben die Verhandlungen im Landtage, auch die Berichte der Kommission und die Motive zum Gesetzentwurfe nicht. Ob diese Teilung, die vielleicht für die im Lehrerbesoldungsgesetze erfolgte Beschränkung der Staatsbeiträge auf 25 Schulstellen richtig war, auch für den vorliegenden Fall, wo es sich um die Dezentralisation der Unterstützungsverteilung und Beurteilung der Leistungsunfähigkeit handelt, geeignet ist, ist doch eine andre Frage, die hier übrigens nicht näher erörtert werden soll. Vielleicht wäre die Ausscheidung nur der einen eigenen Kreis bildenden Städte zweckmäßig gewesen[1]. Man hätte damit eine Trennung der mehr als 25 Schulstellen haltenden Gemeinden, die einem Kreisverbande angehören, von den durch den Kreisausschuß zu bedenkenden Gemeinden vermieden, und den Kreisausschüssen für die ganzen Kreise die Verteilung der Beihilfen übertragen können.

Zur Unterstützung beider Klassen von Gemeinden werden nun getrennte Mittel im Gesetze und im Staatshaushaltsetat zur Verfügung gestellt.

Zur Unterstützung der Gemeinden mit mehr als 25 Schulstellen (S. 45) sollte nach der Regierungsvorlage des Schulunterhaltungsgesetzes ein Betrag von 1200000 Mk. in den Staatshaushaltsetat von 1908/09 und weiter eingestellt werden. Dieser Betrag erschien der Kommission des Hauses der Abgeordneten nicht ausreichend. Auf ihren Vorschlag hat dann das Haus der Abgeordneten die Königliche Staatsregierung ersucht — durch eine im Plenum angenommene Resolution — den Betrag der Unterstützungen an Schulverbände mit mehr als 25 Schulstellen, welche zur Aufbringung von Volksschullasten unvermögend sind, auf 1600000 Mk. zu erhöhen. — Ob die Regierung auf diese Erhöhung, die ohne daß ein Bedürfnis für sie nachgewiesen war, von der Kommission

[1]) Nach den Kreisordnungen sind in den östlichen Provinzen Städte, welche mit Ausschluß der Militärpersonen eine Einwohnerzahl von mindestens 25000 Einwohnern haben und einem Landkreise angehören, befugt, für sich einen Kreis (Stadtkreis) zu bilden. In Westfalen und in der Rheinprovinz sind 30 resp. 40000 Einwohner erforderlich.

beantragt worden ist, eingehen wird, erscheint nach der ablehnenden Haltung, die der Finanzminister ihr gegenüber in der Kommission eingenommen hat, mindestens zweifelhaft, und dürfte von dem Ergebnisse der Ermittelungen abhängen, die die Regierung über das Bedürfnis, den größeren Schulverbänden Beihülfen zu gewähren, anstellen wird[1]).

Zur Unterstützung der Gemeinden mit 25 oder weniger Stellen werden zur Verfügung stehen:

1. Die Summen, die am 31. März 1908 (also bei dem Inkrafttreten des Gesetzes) den Regierungen zur Gewährung von Unterstützungen an diese Gemeinden überwiesen sein werden[2]),
2. 5000000 M., die diesen Schulverbänden nach § 20 des neuen Gesetzes jährlich gegeben werden, sollen zur Ausgleichung unbilliger Verschiebungen in der Aufbringung der Schullasten, die infolge des Gesetzes entstehen, sowie sonstiger unbilliger Ungleichheiten in der Höhe der Volksschullasten (sogenannter Ausgleichsfonds).
3. Eine Summe in Höhe der Hälfte der von den Schulverbänden nach § 14 des Gesetzes zum Baufonds anzulegenden Beträge, etwa 1300000 M. (§ 22 des Gesetzes).
4. Dem Unterstützungsfonds sollen zuwachsen die Ergänzungszuschüsse, die aus Centralfonds (Art. 36 Cap. 121 des Staatshaushaltsetats) für neugegründete Lehrerstellen bewilligt werden.

Die unter 1 und 2 aufgeführten Beträge verteilen die Minister der Finanzen, des Inneren und der geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten, und zwar den unter 1 aufgeführten nach Maßgabe der bisher in den Provinzen den Regierungen überwiesenen Beträge, auf die einzelnen Provinzen.

Bei der Verteilung des Fonds unter No. 2 sind die Minister an keinen Maßstab gebunden, können sie also so vornehmen, wie es der im Gesetz für diese 5 Millionen bestimmte Zweck — „Ausgleichung unbilliger Verschiebungen in der Aufbringung der Volksschullasten infolge der Übertragung der Schullast auf die politischen Gemeinden“ — bedingt.

Die Provinzen, in denen die Schullasten jetzt schon aus-

[1]) Vergl. Bericht der Kommission d. H. d. Abg. Drucksache 1905/06 Seite 115 und folgd.

[2]) Nach § 71 des Gesetzes tritt das Gesetz am 1. April 1908 in Kraft.

schließlich von den politischen Gemeinden getragen werden, z. B. Hessen-Nassau, in denen also infolge des Schulunterhaltungsgesetzes keine Verschiebungen in der Aufbringung der Volksschullasten entstehen, können bei der Verteilung dieser 5 Millionen nur dann bedacht werden, wenn bei ihnen eine „unbillige Ungleichheit in der Höhe der Schullasten“ vorliegen sollte. Daß es nicht möglich gewesen ist, wie der Vertreter des Kultusministers in der Kommission des Herrenhauses erklärt hat[1]), eine Norm für die Unterverteilung des neu gegründeten Fonds zu finden, ist bedauerlich, weil die nach diskretionärem Ermessen der Minister erfolgende Verteilung jedenfalls zu Klagen und Beschwerden der sich benachteiligt erachtenden Gemeinden Anlaß geben wird.

Innerhalb der Provinzen erfolgt die weitere Verteilung auf die Landkreise durch den Oberpräsidenten nach Anhörung des Provinzialrates, und zwar der aus dem Fonds unter No. 1 stammenden Summe unter Berücksichtigung der bisher auf sie entfallenen Beträge (§ 19 des Gesetzes.)

Diese Fassung des § 19 des Gesetzes gibt dem Oberpräsidenten freiere Hand für die Unterverteilung auf die Kreise als den Ministern, die ihre Verteilung nach Maßgabe der bisher den Bezirken überwiesenen Staatsbeihilfen vornehmen müssen, für die Verteilung auf die Provinzen gelassen ist, und ermöglicht es, die Kreise, die bisher zu wenig erhalten haben, jetzt ihren Verhältnissen entsprechender auszustatten.

Den so den einzelnen Kreisen zugeteilten Beträgen wachsen dann (nach § 21 d. Gs.) noch zu: die auf jeden Kreis fallenden Ergänzungszuschüsse, die vom Minister zu neu gegründeten Schulstellen aus dem oben unter No. 4 erwähnten Fonds bewilligt werden, und der auf den Kreis fallende Teil des Betrages, den nach § 22 des Gesetzes der Staat „in Höhe der Hälfte der von seinen Schulverbänden nach § 14 anzusammelnden Beträge“[2]) aus Staatsmitteln bereit zu stellen hat. Nach § 14 des Gesetzes hat jeder Schulverband mit 25 oder weniger Schulstellen jährlich 60 M. für die erste oder einzige, 50 M. für die zweite, 40 M.

---

[1]) Siehe Bericht der Kommission des Herrenhauses Drucksachen des Herrenhauses 142 1905/06 S. 40.

[2]) Keineswegs bloß zu Schulbauzwecken (wie Schiffer bei § 22).

für die dritte, 30 M. für jede weitere Stelle (zu einem Baufonds) anzusammeln und verzinslich anzulegen.

Nach § 22 ist die Hälfte des Gesamtbetrages, der jährlich von den Gemeinden anzulegen ist, zur Gewährung von widerruflichen Ergänzungszuschüssen aus Staatsmitteln bereit zu stellen, also als Ausgabe in den Etat aufzunehmen und an die einzelnen Kreise nach Verhältnis der von ihren Schulverbänden in die Baufonds abzuführenden Beträge auszuzahlen. Diese den Kreisen überwiesenen Summen werden in derselben Weise verwendet, wie die den Kreisen überwiesenen Beträge aus dem Hauptfonds zur Gewährung von Beihilfen, und sollen nicht etwa ohne Rücksicht auf Bedürftigkeit den Gemeinden nach Maßgabe der von ihnen zum Baufonds abgeführten Beträge gegeben werden. Die zum Baufonds zu leistenden Zahlungen der Gemeinden kommen aber als Schulkosten der Gemeinde mit in Betracht, wenn ihre Überbürdung mit Schullasten beurteilt werden soll, und es kann einer Gemeinde unter Umständen der ganze zum Baufonds abzuführende Betrag als widerrufliche Beihilfe bewilligt werden. Diese nach § 22 den Kreisen überwiesenen Summen bilden keinen Separatfonds, sondern wachsen dem Hauptfonds einfach zu.

Die Verteilung der den einzelnen Kreisen zur Verfügung gestellten Beträge unter die Gemeinden wird den Kreisausschüssen übertragen. Sie haben nach Anhörung der Kreisschulinspektoren für je fünf Jahre Verteilungspläne aufzustellen, die der Feststellung durch die Schulaufsichtsbehörde, also der Königlichen Regierung Abteilung für Kirchen- und Schulwesen, bedürfen, und in denen mindestens ein Betrag von 5% zur Gewährung einmaliger Ergänzungszuschüsse vorzusehen ist, die mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde vom Kreisausschusse bewilligt werden. Darin, daß der Verteilungsplan für fünf Jahre aufgestellt, die darin vorgesehenen Beihilfen also den Gemeinden auf fünf Jahre bewilligt werden, verlieren diese Beihilfen in etwas den Charakter der Widerruflichkeit und geben den Gemeinden die Sicherheit, wenigstens fünf Jahre lang auf den Eingang der Beihilfen rechnen zu können. Diese Beihilfen treten in einen gewissen Gegensatz zu den einmaligen Ergänzungszuschüssen, die natürlich nur für ein Jahr bewilligt werden.

Den Kreisausschüssen wird lediglich die Aufstellung des Verteilungsplanes, nicht aber auch die Verwaltung der den Kreisen zur Verfügung gestellten Beträge und nicht die Auszahlung der nach dem Verzeichnisse den einzelnen Schulverbänden zugewiesenen Beihilfen übertragen. Diese Geschäfte sind den Regierungen vorbehalten und sollen durch ihre Organe und Kassen besorgt werden. Die Auszahlung erfolgt also auf Anweisung der Regierungen durch die Regierungshauptkassen. Die Staatsregierung legt auf diesen Modus besonderen Wert. weil sie glaubt, dadurch nur es deutlich zum Ausdruck bringen zu können, daß es sich nicht um Kreisunterstützungen, sondern um Staatsunterstützungen handele. Diese enge Begrenzung der Tätigkeit der Kreisausschüsse erscheint recht überflüssig. Es würde jedenfalls die Verwaltung der Unterstützungsfonds vereinfachen und den Regierungen und den Hauptkassen viel Arbeit und Schreibwerk ersparen, ohne den bewilligten Beihilfen den Charakter der Staatsunterstützung zu nehmen, wenn man den Organen der Kreise auf Grund der von den Regierungen festgesetzten Verteilungspläne auch die Anweisungen der bewilligten Beihilfen und ihre Auszahlung und die Rechnungslegung übertragen hätte.

Da das Gesetz keine dies verbietenden Vorschriften enthält, könnte die Staatsregierung vielleicht im Verwaltungswege auf Grund bald zu machender Erfahrungen über die Schwerfälligkeit des beabsichtigten Verfahrens die weitere Inanspruchnahme der Kreise einführen.

Die Verwendung der zu Beihilfen an Gemeinden mit mehr als 25 Schulstellen bestimmten etatsmäßigen Mittel im Betrage von 1 200000 M. (S. 41) bleibt der Zentralverwaltung direkt unterstellt. Zwischen diesem Fonds und den den Kreisen zur Unterstützung der Gemeinden mit 25 oder weniger Stellen überwiesenen Beträgen findet ein Ausgleich statt, wenn ein Schulverband mit 25 oder weniger Stellen in die Reihe der Verbände mit mehr als 25 Stellen übertritt, oder bei dem umgekehrten Vorgange. Im ersten Falle geht der Ergänzungszuschuß, der der Gemeinde seither bewilligt war, auf den Zentralfonds über; im andern Falle wächst der aus dem Zentralfonds der in die Reihe der kleinen Verbände übergehenden Gemeinde bewilligt gewesene Betrag dem Unterstützungsfonds des Kreises zu. (§ 21 Abs. 2, 3 des Gesetzes).

Der Zentralverwaltung untersteht weiter direkt die Verwendung der Etatsfonds, die bestimmt sind zu Zuschüssen zur Errichtung neuer Schulstellen und zur Gewährung von Baubeihilfen an Gemeinden.

Baubeihilfen

Wenn man auch vielleicht dagegen nichts einwenden kann, daß es der Zentralinstanz vorbehalten bleiben soll, über den Fonds, aus dem die Gründung neuer Schulstellen durch Bewilligung von Beihilfen gefördert werden soll, zu verfügen, weil dabei Rücksichten zu nehmen sind auf Unterrichtsinteressen, die füglich die unteren Instanzen nicht wahren können, und es sich hierbei auch nur um eine geringe Summe — 300000 M. — handelt, die man füglich nicht auf die Kreise verteilen könnte, so ist doch zu bedauern, daß das Gesetz nicht auch einen Weg gefunden hat, um die Gewährung von Baubeihilfen zu dezentralisieren.

Aus den reichlichen Mitteln — 6 Mill. M. —, die im Etat fortan zur Gewährung von Baubeihilfen zur Verfügung gestellt werden sollen, den Kreisen bestimmte Beträge zur Verfügung zu stellen, würde wohl nicht ratsam sein, weil dabei auf die einzelnen Kreise zu wenig fallen würde, und es auch an einem Maßstab für die Verteilung fehlen würde. Bei der Verschiedenheit des in den einzelnen Kreisen vorliegenden Baubedürfnisses würde jede Verteilung des Fonds auf die Kreise unzweckmäßig und ungerecht sein.

Allein man könnte doch wohl in einer anderen Weise eine Dezentralisation der Verwendung der für Baubeihilfen bestimmten Fonds durchführen. Bisher hat der Minister den einzelnen Regierungen eröffnet, von den ihm nach dem Etat zu Baubeihilfen bewilligten Beträgen solle für ihre Bezirke eine bestimmte Summe verwendet werden, wenn sie richtig vorbereitete Anträge auf Unterstützungsbewilligungen stellten. Der Minister behielt sich also die Entscheidung darüber, ob die Unterstützung überhaupt und in welcher Höhe sie bewilligt werden solle, vor, und die Regierungen waren nicht in der Lage, den Gemeinden vor der Entscheidung des Ministers bestimmt zu sagen, daß und welche Beihilfe sie erhalten sollten. Wenn die Beträge, die den einzelnen Bezirken bis jetzt in Aussicht gestellt werden (die gleichsam ein Guthaben bilden, auf das die Regierungen Zahlungsanweisungen beantragen können) den Regierungen zur selbständigen freien Verfügung überwiesen würden, in gleicher Weise, wie die zu laufenden

Beihilfen den Kreisen überwiesenen Beträge, so würde damit eine erfreuliche Dezentralisation der Baufondsverwaltung eingeführt werden, die sicher sich segensreich fühlbar machen und durch die auf dem Gebiete der Schulhausbauverwaltung mehr mit den bewilligten Staatsgeldern erreicht werden würde, als jetzt bei der schwerfälligen Zentralverwaltung möglich ist.

Die Regierungen würden den Gemeinden gegenüber eine ganz andere Stellung einnehmen, wenn sie über die zu Beihilfen bestimmten Fonds selbständig verfügen könnten, und wenn der mit der Gemeinde über den Bau verhandelnde Vertreter der Regierung gleich bei dem Beginn der Verhandlungen schon in der Lage wäre, ihr eine bestimmte Summe als Staatsbeihilfe fest zuzusichern, falls sie den Bau ausführen wolle. Die Gemeinden auf dem Lande sind bekanntlich mißtrauisch, glauben durch möglichste Zurückhaltung einen höheren Beitrag erlangen zu können und geben auf das Versprechen, es solle bei dem Minister ein Baubeitrag erbeten werden, nicht viel. Durch eine gleich bei dem Beginne der Verhandlungen angebotene feste Summe werden sie dagegen willig gemacht, auf den ihnen vorgeschlagenen Bau sich einzulassen, zumal wenn der Kommissar es versteht, auf ihre kleinen, dem Projekt im ganzen nicht schädlichen Wünsche bezüglich des Baues und seiner Ausführung einzugehen. Dies kann er nur dann, wenn die Regierung in der Lage ist, den Bauplan selbstständig zu genehmigen, und ihn dem Ministerium bei der Erbittung der Baubeihilfe nicht vorzulegen hat. Eine Gemeinde, die auf solche Weise für den Bau interessiert ist, wird stets bereitwilliger sein, sich anzustrengen um ihren Kostenanteil aufzubringen, als wenn ihr ein Bauplan von oben aufgedrängt wird, und wenn sie über die Höhe der ihr zu gewährenden Beihilfe lange im Unklaren gelassen wird. Die Erfahrung lehrt, wie ganz anders eine Gemeinde sich zu einem Bau stellt, der ihren Wünschen entspricht, als zu einem ihrer Ansicht nach unerwünschten [1]).

[1]) Wie groß die Bereitwilligkeit für einen ihrer Wünsche entsprechenden Bau Opfer zu bringen, sein kann, dafür ein Beispiel:

An Stelle eines abgebrannten Schulhauses mußte in einem Schulbezirk, der aus einer kleinen Dorfgemeinde und aus einem Gutsbezirk bestand, ein Neubau ausgeführt werden. Die Gemeinde wurde von der Regierung für vollständig unfähig erachtet, die von der Versicherungssumme ungedeckten Kosten im Betrage von etwa 3000 Mark aufzubringen, und ein Staatsbeitrag

Schlußbetrachtung

Nach den vorstehenden Ausführungen hat sich die Beteiligung des Staates an den Schullasten nach zwei Richtungen hin entwickelt. Der Staat hat einmal in steigendem Maße Mittel aufgewandt, um entsprechend der Vorschrift des Artikel 25 der Verfassungsurkunde den Gemeinden, die nachgewiesen haben, daß sie unvermögend sind, die Mittel zur Errichtung, Unterhaltung und Erweiterung der öffentlichen Volksschule aufzubringen, die erforderlichen Beihilfen zu gewähren, so daß diese den im Interesse der Volksbildung vom Staate an sie gestellten Anforderungen entspricht. Er hat weiter aber entgegen dieser Verfassungsbebestimmung allen Gemeinden Teile der Schullast abgenommen, und sich selbst direkt zum Träger der Schullast gemacht.

Der Staat wendet nach der Durchführung des Gesetzes über die Schulunterhaltung mehr als 96 Millionen Mark für die Volksschulen auf, wie die nachstehende Tabelle des Näheren erweist[1]):

I. Zur Erleichterung der Schullasten aller Gemeinden werden verwandt nach Ausführung des Gesetzes von 1906:

Kap. 121 des Staatshaushaltsetats für 1907

Titel 32.	Behufs allgemeiner Erleichterung der Volksschullasten	29 360 000 Mark
„ 35.	Zuschüsse zu den Alterszulagekassen der Lehrer	24 240 000 „
„ 39.	Zu Pensionen der Lehrer	5 820 000 „
„ 41.	Zu Witwen- und Waisengeldern der Lehrer	3 082 000 „
	Reisekosten der Lehrer zu Konferenzen	302 500 „
	Beitrag zu den Schulbaukosten nach § 17 des Schulunterhalt-Gesetzes	3 000 000 „
	zusammen	65 804 500 Mark

---

dazu beantragt. Da der Gutsherr seinen Hof vor Jahren entfernt vom Dorfe neu gebaut hatte, die Zahl der Schulkinder aus den zum Gut gehörenden Familien größer war als die der Dorfkinder, der Gutsherr auch den Bauplatz unentgeltlich zur Verfügung stellte, sollte die neue Schule nahe am Gutshof gebaut werden. Dies wollte die Gemeinde nicht, verzichtete auf jede Staatsbeihilfe und brachte in ganz kurzer Zeit die Mittel in bar auf, um die Schule nach ihrem Willen auf der alten Stelle zu bauen.

[1]) Zum Vergl. die Ansätze d. Etats f. 1905/06 oben S. 15; ferner S. 37.

II. Zu Unterstützungszwecken

Titel 34.	Zu Beihilfen an Schulverbände wegen Unvermögens zu laufenden Ausgaben, verstärkt nach § 20 SG.	19 000 000 Mark
	Zur Aufbesserung der Lehrergehälter pro 1906 im Etat.	3 000 000 „
	Die Hälfte des von den Gemeinden zu Baufonds anzulegenden Betrages nach § 14 u. 21 des Ges.	1 300 000 „
	Zu Beihilfen für Gemeinden mit 25 oder weniger Stellen	1 200 000 „
„ 36.	Zur Errichtung neuer Schulstellen	501 818 „
„ 38.	Zu Baubeihilfen	6 000 000 „
		31 001 818 Mark

Mit diesen rund 96 000 000 Mark nimmt der Staat den Gemeinden, denen nach dem neuen Gesetze im ganzen Staate die Schulunterhaltungslast auferlegt wird, einen recht beträchtlichen Teil dieser Kosten ab.

Sicher kann darauf gerechnet werden, daß diese Staatsleistung wesentlich erhöht werden wird, wenn die Revision des Lehrerbesoldungsgesetzes vom 3. März 1897 in Angriff genommen wird. Sobald das Gesetz über die Unterhaltung der Volksschulen durchgeführt sein wird, und dies muß bis zum 1. April 1908 erfolgt sein, da das Gesetz nach § 71 mit diesem Tage in Kraft tritt, wird die Regierung ein neues Lehrerbesoldungsgesetz vorlegen. Der Unterrichts-Minister hat das ausdrücklich versprochen bei den Verhandlungen über das Gesetz im Landtage und schon vorher, als im Landtage verlangt wurde, daß in dem Schulunterhaltungsgesetze auch Bestimmung über die Lehrerbesoldung getroffen würde, und der Minister es ablehnte, dieses Gesetz noch mit neuen Vorschriften über die Lehrerbesoldung zu belasten. Er hat damit den Landtag bewogen, einen Antrag abzulehnen, der auf eine Revision des Lehrerbesoldungsgesetzes von 1897 in dem Schulunterhaltungsgesetz abzielte. An der Einlösung

des von der Staatsregierung gegebenen Versprechens, die Lehrerbesoldung schleunigst zu regeln, darf füglich nicht gezweifelt werden. Die Verhandlungen des Landtages über das Schulunterhaltungsgesetz und die dabei gefaßten Resolutionen[1]) lassen auch keinen Zweifel darüber, daß der Landtag eine wesentliche Erhöhung der im Lehrerbesoldungsgesetze bestimmten Sätze für Grundgehalt und Alterszulagen und die Beseitigung der Ungleichheiten in der Lehrerbesoldung für geboten erachtet, und daß die Staatsregierung diese Wünsche des Landtages erfüllen wird. Und endlich hat der Landtag die Regierung direkt aufgefordert, die zur Durchführung dieser Zwecke erforderlichen Staatsmittel bereit zu stellen, und damit seine Bereitwilligkeit erklärt, eine Mehrbelastung der Staatsfinanzen für die Aufbesserung der Lehrergehälter zu genehmigen. Demgegenüber würde die Regierung einen schweren Stand haben, wenn sie die aus der Aufbesserung der Lehrerbesoldungen unvermeidlich erwachsenden Mehrkosten den Gemeinden, sei es ganz, sei es teilweise auferlegen wollte. Sie wird aber auch das Odium nicht übernehmen wollen, daß an der Versagung der Staatsmittel die Aufbesserung der Lehrergehälter ganz scheitere, oder nur in geringer, den Wünschen der Lehrer nicht entsprechenden Weise erfolge. Es ist daher sicher darauf zu rechnen, daß bei der Neuordnung der Lehrergehälter ganz wesentlich auf Staatsmittel zurückgegriffen wird. In welcher Weise diese Staatsmittel verwandt werden sollen, darüber kann jetzt selbstverständlich noch nichts bestimmtes gesagt werden. Hierüber sind noch keine Entschließungen weder im Landtage, noch auch, soweit bekannt, von der Regierung gefaßt worden.

Allein man kann doch wohl annehmen, daß die zur Durchführung einer neuen Lehrerbesoldungsordnung bestimmten Staatsmittel nicht als Erhöhung der zu widerruflichen Beihilfen an bedürftige Gemeinden im Staatshaushaltsetat zur Verfügung gestellten Fonds bewilligt und dann in der im Schulunterhaltungsgesetze vorgeschriebenen Weise durch die Kreisausschüsse verteilt werden sollen. Es ist vielmehr wohl anzunehmen, daß in ähnlicher Weise, wie es durch die Gesetzgebung von 1888/89 und dann weiter in dem Lehrerbesoldungsgesetze von 1897 geschehen ist, allen Ge-

[1]) Abgedruckt im „Anhang" unter II, Seite 58

meinden, vielleicht mit Ausnahme der großen, bestimmte feste Zuschüsse zu den Kosten der Lehrerbesoldung ohne Rücksicht auf die nachzuweisende Bedürftigkeit bewilligt werden. Geschieht dies, dann würde damit wiederum ein bedeutungsvoller weiterer Schritt auf der zur Staatsschule führenden Bahn getan werden. Auf dieses Ziel führt auch das in letzter Zeit wiederholt von der Staatsregierung kund gegebene Bestreben, die Unterschiede zwischen den Lehrergehältern in Stadt und Land mehr und mehr auszugleichen, das namentlich in dem vielangegriffenen Ministerial-Erlasse vom 4. Mai 1906, dem sogenannten „Bremserlaß“ [1]), Ausdruck gefunden hat, der den Regierungen aufgibt, Beschlüsse städtischer Behörden auf Gehaltserhöhungen der Lehrer nicht ohne weiteres zu genehmigen. Um den Ausgleich zwischen den Gehältern der Stadt- und Landlehrer nicht noch mehr zu erschweren, und um den Zug der Landlehrer nach den Städten nicht weiter zu steigern, erscheint dieser Schritt des Ministeriums vielleicht berechtigt. Ob er erfolgreich sein wird, ist eine andere Frage [2]). —

Der Ausgleich zwischen den Gehältern der Stadt und Landlehrer würde am einfachsten wohl erreicht werden, wenn die Regierung eine für Stadt und Land gültige Besoldungsordnung für alle Lehrer, mit gleichen Gehaltssätzen unter Zulassung von Teuerungszulagen für einzelne Orte oder Gegenden erlassen, und die Zahlung aller Gehälter der als Staatsbeamte zu behandelnden Lehrer übernehmen wollte. Damit würde die Staatsschule allerdings zur Durchführung kommen.

Wegen der hieraus erwachsenden hohen Belastung der Staatskasse wird allerdings voraussichtlich die Staatsregierung jetzt noch nicht bereit sein, in dem von ihr vorzulegenden Lehrerbesoldungsgesetze diesen entscheidenden Schritt vorzuschlagen, und die Volksvertretung wird es sich ebenfalls wohl sehr überlegen, ob sie mit einem solchen Schritte die Staatsschule einführen und damit die Mitwirkung der Gemeinden bei der Gestaltung der Schulen ganz ausschalten soll. Auf die Dauer wird aber bei dem Bestreben, dem Staate immer höhere Beiträge zu den Kosten der Volksschule aufzulegen, dieser Schritt nicht zu umgehen sein. Die Staatsschule wird kommen.

[1]) Abgedruckt im „Anhang“ unter III, Seite 59

[2]) Vgl. Verhandlungen des Abg. H. v. 9. Februar 1907.

Ihre Einführung würde für die innere Gestaltung unserer Volksschulen insofern auch kaum eine Umwälzung bedeuten, als die Schulen, wenn sie auch durch das Schulunterhaltungsgesetz in der ganzen Monarchie zu Kommunalanstalten erklärt sind, in ihrer rechtlichen Stellung doch allen übrigen Kommunalanstalten in keiner Weise gleich gestellt, die Lehrer auch keine Kommunalbeamten sind. Die Kosten ihrer Unterhaltung werden prinzipiell den Gemeinden auferlegt, allein für die innere Gestaltung der Schulen werden den Gemeinden keinerlei Rechte eingeräumt, und bezüglich ihrer äußeren Verhältnisse nehmen sie insofern auch eine Ausnahmestellung ein, als sie nicht den Behörden unterstellt sind, die nach den staatlichen Gesetzen zur Handhabung der Kommunalaufsicht berufen sind. Der § 65 des Schulunterhaltungsgesetzes sagt ausdrücklich, daß die der Schulaufsichtsbehörde nach dem bisherigen Rechte zustehenden Befugnisse, soweit in dem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, unberührt bleiben. Es bleiben also die Königlichen Regierungen, Abteilungen für Kirchen- und Schulwesen als Aufsichtsbehörden für die Volksschulen bestehen und üben so lange die Rechte aus, die ihnen nach der Regierungsinstruktion von 1817 gegenüber dem Volksschulwesen zustehen, bis ein neues Gesetz die Aufsichtsinstanzen über die Volksschulen und ihre Rechte neu geordnet haben wird. — Die Befugnisse, die die Regierungsinstruktion den Schulabteilungen der Regierung einräumt, sind überaus weitgehend, und lassen, wenn sie streng gehandhabt werden, den Gemeinden so gut wie gar keine Rechte übrig. Die Instruktion von 1817 sieht in den Schulen die landrechtlichen Veranstaltungen des Staates. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet erscheint diese Instruktion gerechtfertigt, so unzeitgemäß sie für die Volksschulen als Kommunalanstalten ist.

Bei diesen Erwägungen und Betrachtungen wird vielleicht mancher in der Einführung der Staatsschule, abgesehen von der finanziellen Belastung des Staates, keinen besonders bedeutungsvollen Schritt mehr sehen, und sagen, wenn der Staat die inneren und äußeren Angelegenheiten der Schule zu besorgen beansprucht, dann mag er auch die Kosten ganz übernehmen und die Schulen als Staatsanstalten einrichten.

Anhang

I

Die Ausgaben für das Elementarschulwesen nach dem Staatshaushalts-Etat für das Etatsjahr 1906 verglichen mit dem Entwurf des Etats für 1907

II

Resolutionen des Abgeordnetenhauses bei der Beratung des Schulunterhaltungsgesetzes

III

Erlass des Unterrichtsministers vom 4. Mai 1906

I. Die Ausgaben für das Elementarschulwesen nach dem Staatshaushalts-Etat für das Etatsjahr 1906 verglichen mit dem Entwurf des Etats für 1907

[Vgl. oben S. 15, 26, 37, 42, 48.]

Kap. 121 Tit.	Ausgaben	Etatsgesetz für das Jahr 1906 ℳ[1]	Vorlage für das Etatsjahr 1907 ℳ[1]
32	Allgemeine Erleichterung der Volksschullasten	29060000	29360000
33	Besoldungen und Zuschüsse für Lehrer und Lehrerinnen, sowie für Schulen aus besonderer rechtlicher Verpflichtung und aus Spezialfonds	491 02	500503
34	Beihilfen an Schulverbände wegen Unvermögens für die laufenden Ausgaben der Schulunterhaltung	17172305	17492893
	Vermerk. Die am Jahresschlusse verbleibenden Bestände können in die folgenden Jahre übertragen und zu einmaligen Ausgaben im Interesse des Elementarunterrichtswesens, insbesondere auch zum Ankauf und zur Melioration von Dienstländereien behufs dauernder Verbesserung unzulänglich dotierter Elementarlehrerstellen verwendet werden.		
35	Zuschüsse für die Alterszulagekassen der Volksschullehrer und -Lehrerinnen . .	23890000	24240000
35a *)	Unterstützungen und Remunerationen für Elementarlehrer und Lehrerinnen . . .	625172	624976
	Vermerk. Aus diesem Fonds können auch Privatlehrer und -Lehrerinnen in dringenden Bedarfsfällen Unterstützungen bis zum Gesamtbetrage von jährlich 15000 Mk. erhalten.		

[1]) Die Bruchteile einer Mark sind hier fortgelassen.

*) Die bei diesen Fonds am Jahresschlusse verbleibenden Bestände können zur Verwendung in die folgenden Jahre übertragen werden. (Anmerkung im Staatshaushaltsetat.)

Kap. 121 Tit.	Ausgaben	Etatsgesetz für das Jahr 1906 ℳ	Vorlage für das Etatsjahr 1907 ℳ
35b*)	Entschädigungen an Elementarlehrer und -Lehrerinnen für die Teilnahme an amtlichen Kreiskonferenzen	302 500	302 500
36*)	Errichtung neuer Schulstellen	522 686	501 818
37	Widerrufliche persönliche Zulagen an im Dienste befindliche und pensionierte Volksschullehrer und -Lehrerinnen in der Provinz Posen und den gemischtsprachigen Kreisen der Provinz Westpreussen behufs besonderer Förderung des deutschen Volksschulwesens	1 150 000	1 150 000
37a	In Ergänzung des Fonds Tit. 35a zu Remunerationen an Volksschullehrer und -Lehrerinnen behufs besonderer Förderung des deutschen Volksschulwesens in den Landesteilen mit gemischt deutscher und polnischer Sprache	550 000	550 000
38*)	Unterstützung von Schulverbänden (einschließlich Kirchengemeinden bei Küsterschulbauten) wegen Unvermögens bei Elementarschulbauten . . . . Vermerk. Diesem Fonds tritt der Betrag der auf Grund des § 27 Ziffer VII des Lehrerbesoldungsgesetzes verfügbar gebliebenen Staatszuschüsse zu den Alterszulagen hinzu.	1 050 000	4 000 000[1]
39	Pensionen für Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Volksschulen	5 740 000	5 820 000

[1]) Mehr zur Verstärkung des Fonds in der bei den Verhandlungen über das Schulunterhaltungsgesetz in Aussicht genommenen Höhe (Anmerkung im Etat.)

*) Vgl. Anm. * auf S. 54

Kap. 121 Tit.	Ausgaben	Etatsgesetz für das Jahr 1906 ℳ	Vorlage für das Etatsjahr 1907 ℳ
40*)	Unterstützungen für ausgeschiedene Elementarlehrer und -Lehrerinnen, darunter künftig wegfallend 31 000 Mk.	808 000	808 000
	Vermerk. Aus diesem Fonds können auch frühere Lehrer und Lehrerinnen, die nicht im öffentlichen Schuldienst gestanden haben, in dringenden Bedarfsfällen Unterstützungen bis zum Gesamtbetrage von jährlich 20000 Mk. erhalten.		
41	Witwen- und Waisengelder für die Hinterbliebenen der Lehrer an öffentlichen Volksschulen und der Mitglieder der Elementarlehrer-Witwen und -Waisenkassen .	2 757 000	3 082 000
41a	Unterstützungen von Witwen und Waisen von vor dem 1. April 1900 verstorbenen Volksschullehrern	400 000	400 000
42*)	Unterstützungen für Witwen und Waisen von Elementarlehrern	308 965	308 845
	Vermerk. Aus diesem Fonds können auch Witwen und Waisen von Privatlehrern in dringenden Bedarfsfällen Unterstützungen bis zum Gesamtbetrage von jährlich 2000 Mk. erhalten.		
43	Dispositionsfonds für das Elementar-Unterrichtswesen	359 500	384 000
44*)	Zuschüsse an Lehrersterbekassen zur Entschädigung der durch Aufhebung des Beitrittszwanges benachteiligten Mitglieder, künftig wegfallend	14 000	14 000

*) Vgl. Anm. * auf Seite 54

Kap. 31 [1]) Tit.	Ausgaben	Etatsgesetz für das Jahr 1906 ℳ	Vorlage für das Etatsjahr 1907 ℳ
180 214 [2])	Unterstützung von Schulverbänden (einschließlich Kirchengemeinden bei Küsterschulbauten) wegen Unvermögens bei Elementarschulbauten	3000000	2000000
181 215	Beihilfen für Elementarschulbauten, einschließlich Küsterschulbauten, behufs besonderer Förderung des Volksschulwesens in den Provinzen Westpreußen und Posen, sowie in dem Regierungsbezirk Oppeln	1500000	1500000
216	Beschaffung von Unterrichtsmitteln in den zweisprachigen Volksschulen der Provinzen Ost- und Westpreußen, Posen und Schlesien		100000
217	Abhaltung von Zeichenkursen behufs Einführung des neuen Lehrplanes für den Zeichenunterricht in den Volks- und Mittelschulen		20000
182 218	Kosten der neuen statistischen Aufnahme des gesamten niederen Schulwesens in der Monarchie	80000	98100
183 219	Förderung der Volksbibliotheken	70000	100000

[1]) Einmalige und außerordentliche Ausgaben.

[2]) Die erste Zahl gibt den Titel des Etats für 1906, die zweite den Titel für 1907 an.

II. Resolutionen des Abgeordnetenhauses bei der Beratung des Schulunterhaltungsgesetzes

[Die Resolutionen unter a—e in den Anlagen zu den Stenogr. Berichten 1905/1906 Bd. 9 No. 439, S. 4613: die Resolution unter f, No. 580 S. 4867.
Vgl. zu a: S. 41 — zu b: S. 5, 8 — zu c: S. 5 —
zu d: S. 22, 25, 36, 38, 40 — zu e und f: S. 12, 14, 50.]

a) Die Königliche Staatsregierung zu ersuchen, gleichzeitig mit der Bereitstellung der im § 19 Abs. 1 erforderten Mittel den Betrag der Unterstützungen von Schulverbänden mit mehr als 25 Schulstellen, welche zur Aufbringung von Volksschullasten unvermögend sind, auf 1 600 000 M. zu erhöhen.

b) Die Königliche Staatsregierung aufzufordern, Mittel in den Staatshaushaltsetat einzustellen, um da, wo für den jüdischen Religionsunterricht nicht durch jüdische öffentliche Schulen oder seitens der bürgerlichen Gemeinden durch Anstellung jüdischer Lehrkräfte an den öffentlichen Volksschulen oder in anderer Weise gesorgt ist, den Synagogengemeinden die Beschaffung des jüdischen Religionsunterrichtes zu erleichtern.

c[1]) In anbetracht dessen, daß auch in den Provinzen Posen und Westpreussen große Härten und Ungleichheiten bei Aufbringung der Schullasten bestehen, wird die Königliche Staatsregierung aufgefordert, baldmöglichst einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Schulunterhaltung in den genannten Provinzen in gerechter Weise regelt und die dortigen besonderen nationalen Schwierigkeiten berücksichtigt.

d[2]) Die Königliche Staatsregierung zu ersuchen, dem Landtage baldigst einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch den die staatliche Schulverwaltung nach den für die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung maßgebenden Grundsätzen möglichster Dezentralisation und Mitwirkung von Organen der Selbstverwaltung sowie wirksamer Rechtskontrolle umgestaltet wird.

e[3]) Die Königliche Staatsregierung zu ersuchen, unmittelbar nach Erlaß des Gesetzes betreffend die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen unter Bereitstellung der erforderlichen Staatsmittel in eine Revision des Lehrerbesoldungsgesetzes zu dem Zwecke einzutreten, durch Festsetzung auskömmlicher Grundgehälter und Alterszulagen sowie durch Eröffnung einer Laufbahn im Schuldienste für alle Lehrer die gegenwärtig im Lehrerbesoldungswesen bestehenden Mißstände und ungerechten Ungleichheiten zu beseitigen.

f[4]) Die Königliche Staatsregierung aufzufordern, vom Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes ab den auf Grund des Lehrerbesoldungsgesetzes vom 3. März 1897 zu zahlenden gesetzlichen Staatsbeitrag für alleinstehende und erste Lehrer in Schulverbänden mit nicht mehr als 4 Schulstellen von 500 Mark auf 700 Mark zu erhöhen.

---

[1]) Antrag v. Wentzel-Viereck (No. 353, S. 4495).

[2]) Antrag Frh. v. Zedlitz, Schiffer u. Gen. (No. 386 S. 4504).

[3]) Antrag Frh. v. Zedlitz, Schiffer u. Gen., Abänderungsantrag Winckler — v. Heydebrand (No. 387, 388, S. 4504, 4505).

[4]) Antrag v. Heydebrand — Frh. v. Zedlitz (No. 575, S. 4858).

III. Erlass des Unterrichtsministers vom 4. Mai 1906*)

Durch den Staatshaushaltetat für das laufende Etatsjahr sind unter Kapitel 121 Titel 34 neue Mittel zu laufenden widerruflichen Staatsbeihilfen für leistungsschwache Schulverbände zu dem Zwecke bereitgestellt worden, tunlichst eine Erhöhung des Mindestgrundgehaltes der ersten und der alleinstehenden Lehrer auf 1100 M., der übrigen Lehrer auf 1000 M., der Lehrerinnen auf 800 M. und des Mindestsatzes der Alterszulagen sämtlicher Lehrer auf 120 M. und der Lehrerinnen auf 100 M. herbeizuführen. Die Maßnahme zielte darauf ab, auf dem Gebiete des Besoldungswesens der Volksschullehrer und -Lehrerinnen eine größere Gleichmäßigkeit und Stetigkeit herzustellen und der Landflucht der Volksschullehrer entgegenzuwirken. Daraus folgt, daß die Königlichen Regierungen und die ihnen unterstellten Organe in der Besoldungsfrage keine Schritte unternehmen dürfen, die dieses Ziel in Frage stellen könnten. Wenn demnächst Schulverbände, insbesondere Stadtgemeinden, eine weitere Erhöhung des Grundgehaltes und der Alterszulagen ihrer Lehrer beschließen sollten, so ist von der Kgl. Regierung vor der Bestätigung des Erhöhungsbeschlusses sorgfältig zu prüfen, ob dadurch das von der Staatsregierung verfolgte Ziel etwa gefährdet werden würde. Gelangt die Regierung zu der Überzeugung, daß der Beschluß in dieser Beziehung erheblichen Bedenken unterliege, so ist der Fall mir vorzutragen.

Hiernach überweise ich der Königlichen Regierung aus den obengedachten Mitteln den Betrag von jährlich M . . . . . zur entsprechenden Verwendung. Die Kgl. Regierung hat die hieraus bewilligten Beihilfen vom 1. April des Jahres ab zunächst auf die Dauer von 5 Jahren durch ihre Hauptkasse zu zahlen und bis zur Übertragung der Mittel auf den Provinzialetat in den Rechnungen von der geistlichen und Unterrichtsverwaltung für die Etatsjahre 1906 ff. unter Kapitel 121, Titel 34 als Mehrausgabe nachweisen zu lassen. Auf eine Überweisung weiterer Mittel ist nicht zu rechnen. Die Kgl. Regierung wird daher versuchen müssen, mit der ihr zur Verfügung gestellten Summe die im Eingang des Erlasses gedachte Besoldungsaufbesserung zur Durchführung zu bringen. Die erforderlichen Maßnahmen sind alsbald zu treffen. Dabei ist zu beachten, daß die Aufbesserung nicht lediglich auf Kosten des Staates erfolgen soll, vielmehr mit staatlichen Beihilfen nur da einzutreten ist, wo eine Bedürftigkeit der Schulunterhaltungspflichtigen von der Kgl. Regierung anerkannt wird. Dies gilt auch gegen-

*) Nach parteipolitischer Bezeichnung sog. Bremserlaß: vgl. oben S. 51. Der Erlaß ist amtlich u. W. nicht veröffentlicht und wird hier nach einem Abdrucke mitgeteilt, der sich in einer Druckschrift aus der „Buchhandlung der nationalliberalen Partei“ über die nationalliberale Interpellation in der Sitzung des Hauses der Abgeordneten vom 9. Februar 1907 findet. Für die Zuverlässigkeit des Abdrucks spricht der Umstand, daß der Erlaß gleichlautend durch Blätter verschiedener Parteirichtung bekannt geworden ist (z. B. Tägliche Rundschau v. 10. 2. 1907, Saale-Zeitung v. 12. 2. 1907), ohne amtlich Widerspruch zu finden.

über Entscheidungen von Beschlußbehörden, die hinsichtlich der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des in Anspruch genommenen Schulverbandes von der Königl. Regierung als zutreffend nicht angesehen werden können. Die Zahlung der staatlichen Beihilfen darf erst erfolgen, wenn der Schulverband die Übernahme des gesamten mit der Erhöhung des Diensteinkommens verbundenen Mehraufwandes bedingungslos und unabhängig von der in Aussicht gestellten staatlichen Beihilfe beschlossen hat oder eine dahingehende rechtskräftige Feststellung im Beschlußverfahren getroffen worden ist. Im übrigen sind bei der beabsichtigten Aufbesserung des Grundgehaltes auch die Lehrerstellen zu berücksichtigen, mit denen ein Kirchenamt dauernd verbunden ist, sofern und insoweit das reine Lehrergrundgehalt hinter den obengedachten Mindestsätzen zurückbleibt. Es erscheint indes eine Berücksichtigung dieser Stellen dann nicht erforderlich, wenn diese bereits mit einem auskömmlichen Gesamtgrundgehalte ausgestattet sind. Eine Aufbesserung des reinen Lehrergrundgehaltes hat daher nicht zu erfolgen, wenn das bisherige Gesamtgrundgehalt der vereinigten Stelle derartig hoch ist, daß nach Abrechnung einer reichlich bemessenen durchschnittlichen Grundgehaltserhöhung für die kirchliche Mühewaltung von 400 M. mindestens die Sätze des Lehrergrundgehaltes von 1100 M. oder 1000 M. verbleiben. Zu näheren Erläuterungen mögen die nachfolgenden Beispiele dienen: Beträgt das Gesamtgrundgehalt einer ersten oder alleinstehenden Lehrerstelle, mit der ein Kirchenamt dauernd vereinigt ist, 1300 M., wovon 1000 M. auf das Lehrergrundgehalt und 300 M. auf die Entschädigung für die kirchliche Mühewaltung entfallen, so hat eine Aufbesserung des Lehrergrundgehaltes um 100 M. auf 1100 M., demzufolge eine Erhöhung des Gesamtgrundgehaltes auf 1400 M. stattzufinden. Beträgt das Grundgehalt der vereinigten Stelle 1450 M., wovon 1050 M. als Lehrergrundgehalt und 400 M. als Entschädigung für die kirchliche Mühewaltung zu rechnen sind, so ist eine Aufbesserung des Lehrergrundgehaltes um 50 M. auf 1100 M., demzufolge eine Erhöhung des Gesamtgrundgehaltes auf 1500 M. herbeizuführen. Beträgt aber das Grundgehalt der vereinigten Stelle 1500 M., wovon 1000 M. auf das Lehrergrundgehalt und 500 M. auf die Entschädigung für die kirchliche Mühewaltung entfallen, so ist von einer Aufbesserung des Grundgehaltes abzusehen, da nach Abrechnung einer durchschnittlichen Grundgehaltserhöhung für die kirchliche Mühewaltung von 400 M. von dem Gesamtgrundgehalt der Stelle 1100 M. verbleiben. Sollten sich bei dieser Regelung im Einzelfalle Unbilligkeiten ergeben und besondere Gründe eine weitergehende Berücksichtigung angezeigt erscheinen lassen, so ist mir Vortrag zu halten.

gez. Studt

An die königlichen Regierungen
ausschließlich derjenigen in Ostpreußen

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei in Breslau

Das Staatshaupt in den Republiken

von

Dr. Carl Walther

Abhandlungen
aus dem
Staats- und Verwaltungsrecht
mit Einschluss des Kolonialrechts

Herausgegeben von

D. Dr. Siegfried Brie
ord. Professor an der Universität Breslau

Dr. Max Fleischmann
Privatdozent an der Universität Halle

---

14. Heft

Das Staatshaupt in den Republiken

von

Dr. Carl Walther

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1907

Das

Staatshaupt in den Republiken

von

Dr. Carl Walther

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1907

Inhaltsübersicht

Einleitung

Die staatsrechtliche Stellung des republikanischen Staatsoberhauptes.

Erster Abschnitt. Der Begriff des republikanischen Staatshauptes und seine Stellung im allgemeinen.

Zweiter Abschnitt. Die Stellung im besonderen.

Dritter Abschnitt. Abweichende Konstruktionen.

Dans la naissance des sociétés ce sont les chefs des républiques qui font l'institution; et c'est ensuite l'institution qui forme les chefs des républiques.

Montesquieu, Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence Cap. I.

Einleitung

§ 1. Die Stellung der Republik in der allgemeinen Staatslehre.

I. Solange es eine Lehre vom Staate gibt, gehört die begriffliche Abgrenzung der Staatsformen zu ihren umstrittensten Fragen. Ob die Dreiteilung mit ihren Nebenformen verfochten wird oder ob Aristokratie und Demokratie zusammen als Republiken der Monarchie gegenübergehalten werden, ob daneben die Theokratie als Staatsform aufgestellt wird, immer hat die allgemeine Staatslehre im Anschlusse an die Frage nach dem Begriffe des Staates die Staatsformen und ihre Unterscheidung behandeln müssen. Die heutigen Verfassungsgesetze kennen nur die Bezeichnungen Monarchie und Republik, und entsprechend können diese auch für die Theorie als die am meisten aufgestellten Grundformen (mit den Unterarten absolute und konstitutionelle Monarchie, aristokratische und demokratische Republik) bezeichnet werden, wenn man den herrschenden Faktor als den wichtigsten Einteilungsgrund ansieht; die Gegenüberstellung von Einheitsstaat und Bundesstaat, souveränen und nicht souveränen Staaten beruht auf anderen Einteilungsgründen. Aber auch jetzt noch besteht keineswegs genügende Klarheit über anscheinend so feste Begriffe wie Monarchie und

Republik [1]), insbesondere der demokratischen Republik, der vorherrschenden Form [2]); man kann sogar sagen, dass in der neueren Staatslehre die Unsicherheit in der Scheidung dieser beiden Staatsformen besonders gross ist.

II. Der Hauptgrund ist hier die Einführung des Konstitutionalismus, der natürlich besonders in der rechtlichen Struktur der Monarchie eine grosse Wandlung hervorrufen musste. Republiken, auch solche wie etwa die antiken griechischen Stadtstaaten, sind immer konstitutionelle Staaten. Sie bedürfen für die Schaffung ihrer Organe, die Abgrenzung der Funktionen und die Regelung der Teilnahme des Volkes an der Regierung immer einer Verfassung, die Republik „tritt nur durch ihre Verfassung und mit derselben ins Rechtsleben ein" [3]). Unter dem Worte Verfassung lassen sich verschiedene Begriffe verstehen. Im weiteren Sinne bedeutet Verfassung die Summe der Lebensbedingungen eines Staates und der die Ausübung seiner Funktionen regelnden Normen [4]). In diesem Sinne hat jeder Staat eine Verfassung, und es ist deshalb zu weitgehend,

---

1) Es gilt fast noch, was Hoffmann, Artikel „Republik" im Staatslexikon von Rotteck-Welcker, 3. Aufl., Leipzig 1865, Bd. 12 S. 509, sagt: „Kein staatsrechtlicher Begriff ist von dem Sprachgebrauch schlimmer entstellt, kein rechtlicher Kunstausdruck in der politischen Sprachverwirrung unserer Zeit ärger missdeutet worden als — Republik".

2) Andere Terminologie z. B. bei de Laveleye, Le gouvernement dans la démocratie, 2. édit., Paris 1892, Bd. 1 S. 195, 196, wo die Republik der Aristokratie gegenübergehalten und die Demokratie als Abart der Republik angesehen wird; wie oben Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., bearbeitet von Anschütz, Leipzig 1905, S. 30.

3) Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1892, S. 46.

4) Vgl. Haenel, Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892, Bd. 1 S. 119 ff.; Schlief, Studien über Verfassungsgeschichte und Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 2 S. 98; Hübler, Die Organisation der Verwaltung in Preussen (alte Lande) und im Deutschen Reich, Berlin 1898, S. 1: „Verfassung ist der Inbegriff aller staatlichen Organe"; Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 1: „Staatsverfassung ist die Organisation der Staatsgewalt"; de Laveleye a. a. O. Bd. 2 S. 201; Combes de Lestrade, Droit politique contemporain, Paris 1900, S. 65, 66; Cooley, The general principles of constitutional law in the United States of America, Boston 1880, S. 22; auch Cooley, Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union, 4. edit., Boston 1878,

wenn Bornhak a. a. O. fortfährt, dass die absolute Monarchie begrifflich verfassungslos sei. Nach heutiger Anschauung wird als Staat nur der Rechtsstaat anerkannt. Es wird gefordert, dass Staat und Recht in Wechselbeziehung stehen; das Recht findet nicht nur durch den Staat und im Staate allein seine Durchsetzung, sondern es ist andererseits auch der Staat selbst Glied der Rechtsordnung, er ist rechtlich beschränkter, unter dem Recht stehender Staat [1]). Die notwendige Verfassung jedes absoluten Staates besteht daher nicht nur, wie Affolter [2]) Bornhak gegenüber bemerkt, in dem „tatsächlich geltenden Satze, dass der Monarch die in ihren Kompetenzen unbeschränkte Behörde des Staates ist", sondern es vollzieht sich die Geltendmachung des Staatswillens nach bestimmten, wenn auch jederzeit von dem Souverän abänderlichen Rechtsnormen; andererseits muss der Bestand der Herrschaft anerkannt sein, denn das Gesamtvolk ist stärker als der einzelne. Es wird jedoch meist in engerem Sinne unter dem Verfassungsstaate ein solcher Staat verstanden, in dem das Volk an der Regierung teil hat [3]). Im engsten Sinne heisst Verfassung dann auch das die Rechte des Volkes festlegende Grundgesetz. Die absolute Monarchie ist natürlich nicht ein Verfassungsstaat in diesem Sinne; das Volk hat an der Kreation des Herrschers keinen Anteil, und der in einer Einzelperson verkörperte Staatswille braucht nur Organe, die von dem absoluten Herrscher allein abhängig sind. Die demokratische Republik bedarf, wenn nicht Anarchie bestehen soll, wie gesagt, nicht nur fester Rechtsnormen über die Bestellung der Staatsorgane und die

S. 2, 3: „. . . some leading principle . . . like the hereditary principle in most monarchies, and the custom of choosing the chieftain by the body of the people".

[1]) Vgl. über diese „jetzt allgemein übliche Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffes" R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Leipzig 1901, Bd. 1 S. 180 ff.; ferner Loening, Artikel „Staat" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Jena 1901, Bd. 6 S. 917, 918; auch Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 30 S. 328.

[2]) Archiv für öffentliches Recht Bd. 12 (1897) S. 303, 304.

[3]) S. z. B. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, Bd. 1 S. 3.

Scheidung ihrer Kompetenz, also einer ausgebildeten Verfassung im weiteren Sinne, sondern sie ist auch begrifflich Verfassungsstaat im engeren Sinne, denn das Volk ist alleiniger herrschender Faktor. Seit der Einführung des Konstitutionalismus, seitdem auch in der Monarchie das Volk staatsrechtliche Funktionen wahrnimmt, besteht zwischen der konstitutionellen Monarchie und der (demokratischen) Republik, den am meisten unter den heutigen Kulturvölkern vertretenen Staatsformen, eine bemerkenswerte Ähnlichkeit, die die eigentlichen Unterscheidungsmerkmale nicht so deutlich hervortreten lässt. Die Beteiligung des Volkes an der Regierung und seine Repräsentation durch das Parlament, der Gang der Gesetzgebung, das Verhältnis der Legislative zu der Exekutive, finden sich in den monarchischen und republikanischen Verfassungen oft übereinstimmend geregelt. Man kann sagen, dass diese nivellierende, viele der bisher als Unterscheidungsmerkmale geltenden Eigentümlichkeiten der einen oder der anderen Staatsform verwischende Tendenz sich beinahe jedesmal zeigt, so oft ein Staat seine Form ändert. Die belgische Verfassung erhält z. B. durch die Betonung der Volkssouveränität ein wesentliches Merkmal der republikanischen Staatsform; in dem Königreiche Norwegen ähnelt die Stellung des Monarchen in seinem Verhältnisse zum Parlamente sehr der eines republikanischen Staatshauptes. Die konstitutionellen Einrichtungen gewähren andererseits einem kraftvollen Präsidenten oft Spielraum genug, so dass sein Einfluss den eines konstitutionellen Herrschers übersteigt.

III. Die heutige Republik schliesst sich ferner in einer Beziehung noch mehr an die konstitutionelle Monarchie als an die antike Republik an. Es besteht, wie in der geschichtlichen Entwicklung der Spitze der Republik zu verfolgen ist, die Tendenz, eine Einzelpersönlichkeit an die Spitze zu bringen. Offenbar geht dies von einem besonders in grösseren Republiken zu Tage tretenden praktischen Bedürfnis und der Erkenntnis aus, dass es für eine energische und erfolgreiche Durchführung der Staatszwecke besser ist, einem Manne die Staatsleitung in die Hände zu geben, als sie der schwerfälligeren Handhabung eines mehr oder minder vielköpfigen

Kolleginms anzuvertrauen[1]) oder sie gar, was höchstens in sehr kleinen Republiken möglich wäre, dem Volke selbst bezw. seiner Repräsentation zu überlassen. Auch hier gilt: *οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη, εἷς κοίρανος ἔστω*, oder wie Saint Girons[2]) diese Erscheinung kennzeichnet: „Les masses ne s'attachent jamais à une abstraction, à une collectivité: c'est ce qui fera toujours la force de la royauté ou de la présidence. L'incarnation du pouvoir dans un homme de valeur est une nécessité pour le peuple". Diese Wahrheit hat Frankreich in der Revolutionszeit Ende des 18. Jahrhunderts erfahren müssen. Ebenso entschied man sich bei der Beratung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika dafür, zur Leitung der Exekutive eine einzelne Person und nicht eine kollegiale Mehrheit zu berufen[3]), weil auf diese Weise allein „die dem Staatsorganismus notwendige Einheitlichkeit des Entschlusses zu wahren sei"[4]). So haben denn gerade die grösseren Republiken an ihre Spitze Staatshäupter gestellt mit Befugnissen, die oft durchaus denen

---

[1]) Bompard, Le veto du Président de la République et la sanction royale, Paris 1906, S. 228: „La création d'un véritable pouvoir exécutif, indépendant et énergique sans être usurpateur, est la principale difficulté d'une constitution républicaine"; Gonzalez, Lecciones de derecho constitucional, 3. ed., Paris, Mexico 1879, S. 278 und S. 280.

[2]) Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris 1881, S. 267.

[3]) Dennoch bestand auch in den ersten Jahrzehnten der Union eine ängstliche Abneigung gegen monarchenähnliche Macht des Präsidenten, wie z. B. die Geschichte des Beamtenernennungsrechts zeigt (Young, Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten als Bundesstaaten, Halle 1896, S. 5); s. a. Bryce, The American commonwealth, 2. edit., London and New York 1889, Bd. 1 S. 35.

[4]) Schlief, Die Verfassung der nordamerikanischen Union, Leipzig 1880, S. 138. Über die Notwendigkeit einer starken und einheitlichen Exekutive in den Vereinigten Staaten s. a. die Ausführungen im Federalist Kap. 70 (Hamilton, Madison and Jay, The Federalist or the new constitution written in the year 1788, Hallowell 1837; es besteht auch eine französische Ausgabe unter dem Titel: Le Fédéraliste ou collection de quelques écrits etc., publiés par Hamilton, Madison et Gay, Paris 1792) und bei Story, Commentaries on the constitution of the United States, 4. edit. by Cooley, Boston 1873, Bd. 2 S. 270, 271, wo u. a. auf die Lehren der Geschichte (Diktator in Rom) hingewiesen wird; ferner Kent, Commentaries on American law, 11. edit. by Comstock, Boston 1867, Bd. 1 S. 286; Boutmy, Études de droit constitutionnel (France-Angleterre-États-Unis), Paris 1885, S. 163.

eines Monarchen ähnlich und nachgebildet sind: un chef roi sauf le nom et la durée[1]).

IV. Staatsformen wie die Wahlmonarchie (altes deutsches Kaiserreich und Königreich Polen), die Erbstatthalterschaft in den Niederlanden, zwei Erscheinungen, deretwegen Erblichkeit und Wahl nicht mehr als Unterscheidungsmerkmale für Monarchie und Republik gelten können, ferner der Prinzipat, das Verbergen einer absoluten Monarchie unter republikanischen Formen (römische Cäsaren und Napoleon Bonaparte), gehören der Geschichte an, behaupten jedoch in der Theorie der Staatsformen noch immer ihre Bedeutung. Dies trägt dazu bei, die hauptsächlich durch die beiden aufgezeigten Momente, die Einführung des Konstitutionalismus in die Monarchie und die Schaffung eines monarchenähnlichen Staatsoberhauptes in der Republik, verursachte Unsicherheit in der Abgrenzung der Begriffe Monarchie und Republik und dementsprechend der rechtlichen Stellung der Staatshäupter zu vergrössern, und veranlasst, nach neuen rechtlichen Unterscheidungsmerkmalen zu suchen.

Mit der Lehre vom Verfassungsstaate ist eine Reihe mit dem Konstitutionalismus, der Beteiligung des Volkes an der Ausübung der Staatsgewalt, zusammenhängender neuer Begriffe in die Staatslehre eingeführt worden, und auf diese, wie Gesetzgebungsrecht, Sanktion, Legitimation durch eigenes oder abgeleitetes (übertragenes) Recht, neben anderen umstrittenen Begriffen, wie Souveränität, wird gewöhnlich der Unterschied zwischen Monarchie und Republik oder deren Staatshäuptern abgestellt. Dass diese notwendig gewordenen Untersuchungen über die Theorie der Staatsformen aber auch abseits haben führen können, zeigen Folgerungen wie: Belgien sei eine Republik mit dem Königtum an der Spitze; die parlamentarisch regierte Demokratie sei tatsächlich eine Wahlmonarchie[2]); und das Deutsche Reich sei, da die Sanktion der Gesetze durch ein Kollegium, den Bundesrat, erfolge und nicht durch eine Einzel-

[1]) Vgl. Esmein, Éléments de droit constitutionnel, Paris 1896 S. 495, und Saint Girons, Manuel de droit constitutionnel, 2. édit., Paris 1885, S. 346, 356.

[2]) Rehm, Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899, S. 355, vgl. auch S. 181, 183.

person, juristisch betrachtet eine Republik. Andere Schriftsteller[1]) führen die Wesensgleichheit von Monarchen und republikanischen Präsidenten aus und behaupten, ein Unterschied sei nur durch die Verschiedenheit des Grades ihrer Machtbefugnisse gegeben; dem Volke gegenüber sei in diesem Staate der Präsident, in jenem der konstitutionelle Fürst reicher als der andere mit tatsächlichen Gewaltbefugnissen ausgestattet[2]).

Es kann hier noch nicht näher auf das Problem eingegangen werden. Die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsstellung des republikanischen zum monarchischen Staatshaupte hängt eng zusammen mit der grundlegenden Frage des Staatsbegriffes und kann daher erst nach ihrer Erledigung oder im Zusammenhange mit ihr erörtert werden. Jedenfalls haben Theorien, die zu solchen Folgerungen führen, schon das gegen sich, dass sie sich mit dem Sprachgebrauche in Widerspruch setzen. Wenn einmal unter Monarchie und Republik zwei verschiedene Begriffe verstanden werden, und Belgien als Monarchie, eine Demokratie mit einem Präsidenten an der Spitze aber als Republik gilt, so muss es auch entsprechende Unterscheidungsmerkmale geben, und es kann nur die Aufgabe sein, diesen Merkmalen nachzuforschen und den gegebenen Tatsachen gerecht zu werden, nicht aber diese Tatsachen für ein aufgestelltes System zurechtzustutzen[3]).

V. Trotzdem die Republik als begrifflich konstitutioneller Staat nicht eine Umwandlung wie die eines absolut monarchischen Staates in eine konstitutionelle Monarchie mitzumachen brauchte, und man also annehmen sollte, die republikanische Staatsform sei durch diese fast alle heutigen Monarchien er-

---

[1]) z. B. Lingg, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890, S. 13, 14.

[2]) Vgl. Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 2. édit., Paris 1885—94, Bd. 7 S. 354: „Le roi constitutionnel n'était qu'un président héréditaire et le président de la République est un roi constitutionnel temporaire".

[3]) Dass staatsrechtliche Begriffe sich der politischen Wirklichkeit anpassen sollen, betont auch Anschütz, Deutsches Staatsrecht (Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig und Berlin 1904, S. 471); vgl. noch v. Martitz, Die Monarchie als Staatsform, Berlin 1903, S. 23.

greifende Veränderung nicht berührt worden, gibt es eine Republik im heutigen Sinne[1]) doch erst seit der Einführung des Konstitutionalismus gegen Ende des 18. Jahrhunderts. Die Verfassungen der beiden bedeutendsten und in dieser Zeit entstehenden Republiken, der Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreichs, haben zuerst bestimmte Formen und Rechtsnormen über die Volksvertretung, das Staatsoberhaupt, über beider Entstehung, Befugnisse und Verhältnis zueinander, teils von dem schon konstitutionell regierten England entlehnt, teils neu aufgestellt, die in der Folge in gewisser Weise Allgemeingültigkeit für alle republikanischen Staaten und auch für konstitutionelle Monarchien erlangt haben. So haben auch die Lehren (besonders die von der Gewaltenteilung) der Staatstheoretiker dieser Zeit, Montesquieu, Rousseau und des einer früheren Zeit angehörenden Locke, zuerst hier ihre volle praktische Anwendung gefunden[2]). Nur die deutschen Freien Städte und San Marino stammen aus früherer Zeit[3]) und haben wegen der besonderen Verhältnisse, insbesondere des kleinen Gebietsumfanges dieser Republiken, ihre Organisation im wesentlichen beibehalten können.

VI. Hiernach ist es auch möglich, wie hier versucht werden soll, den Begriff des republikanischen Staatsoberhauptes zu konstruieren und allgemeine Normen über seine Stellung aus den positiven Staatsrechten[4]) der einzelnen Republiken, die zusammen sozusagen ein allgemeines republikanisches

[1]) Nach Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 285, leben von den 440 Millionen Menschen, die zu den Kulturvölkern zu rechnen sind, 170 Millionen in Republiken mit Präsidentschaft, ebensoviel in Republiken mit monarchischer Spitze und etwa 100 Millionen in konstitutionellen Monarchien. Letztere Zahl wird sich jetzt, sofern man Russland zu den Kulturstaaten mit einer Verfassung zählen kann, auf etwa 200 Millionen belaufen.

[2]) Vgl. Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 247.

[3]) Vgl. Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, Zürich 1904, S. X.

[4]) Haenel, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 73: „In den Verfassungen, als den Grundgesetzen, welche das deutsche Staatswesen beherrschen, spiegeln sich in den obersten Linien die rechtlichen Grundverhältnisse ab, welche durch das Wesen des Staates in seiner Allgemeinheit und in seiner positivrechtlichen Form bedingt sind".

Staatsrecht bilden, aufzustellen[1]). Selbstverständlich sind viele, den einzelnen Verfassungen zugrunde liegenden Prinzipien und erst recht die positiven Bestimmungen nicht immer dieselben. Der Umfang der Befugnisse des Präsidenten, besonders auch sein Verhältnis zur Volksvertretung, ist oft sehr verschieden[2]). Manche Republiken, wie die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Schweizer Kantone im Gegensatze zu dem nordamerikanischen Bundesstaate und seinen Gliedstaaten haben keinen grossen Wert auf die Schaffung eines selbständigen Oberhauptes gelegt, so dass Funktionen, die sonst von dem Präsidenten wahrgenommen werden, hier einem Kollegium zufallen. Solche Modalitäten, so rechtlich bedeutsam sie sind, sind geschichtlich begründet oder gehen auf politische Erwägungen zurück, die häufig den Grund für diese oder jene auffallende Erscheinung des positiven Rechtes abgeben werden.

Die Behandlung einer Frage des allgemeinen Staatsrechtes ist aber eine rein juristische. Sie darf historische und politische Betrachtungen nur insoweit bringen, „als die Verwirklichung der allgemeinen Rechtsgrundsätze eine Erklärung benötigt, wenn anders die Ausführung nicht im Sande politischer Subjektivität verlaufen soll“[3]). Eine geschichtliche Dar-

---

[1]) Affolter (Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts, Stuttgart 1892, Vorwort) beweist richtig die Existenzberechtigung des allgemeinen Staatsrechts durch die Tatsache, dass der Staat nicht Einzel-, sondern allgemeine Erscheinung ist. Ferner Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, Paris 1903, S. 236: „Quels que soient les divers noms que portent les chefs d'État, quelque différents que soient leurs pouvoirs et leur situation juridique, il y a entre eux tous un fonds commun qu'il faut dégager“, und Rehm (Annalen 1885 S. 65): „Das allgemeine Staatsrecht ist eine Theorie, aufgebaut auf einer vergleichenden Untersuchung der besonderen Staatsrechte der einzelnen Staaten“. Tezner (Annalen 1902 S. 664) dagegen schätzt das Finden allgemeiner Begriffe für das Seiende gering ein. Über die Begriffe allgemeines und vergleichendes Staatsrecht vgl. Rossi, Die neuere Literatur des Verfassungsrechts bei den romanischen Völkern, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1895, Bd. 37 S. 495, 529 ff.

[2]) Einen Vergleich zwischen der Rechtsstellung des französischen und des nordamerikanischen Präsidenten gibt Brie, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs (Festschrift für Gneist), Breslau 1888, S. 37 ff.

[3]) Affolter a. a. O.; Saint Girons, Manuel de droit constitutionnel. préface IV: „Le jurisconsulte se diminue quand il se transforme en politicien“.

stellung der Entwicklung der Spitze in den Republiken, wie sie weiter unten zu geben ist, ist daher auch für die vorliegende Aufgabe berechtigt, weil sie den gemeinsamen Ursprung sowie die Gründe der Ähnlichkeit oder Verschiedenheit der Staatsorganisationen und damit der Stellung der Staatshäupter aufzudecken imstande ist. Von politischen Betrachtungen, die sich mit der Anwendung der Staatswissenschaft beschäftigen, in subjektiver Weise die staatlichen Verhältnisse kritisieren und zu beeinflussen suchen [1]), ist jedoch zu unterscheiden eine Berücksichtigung der Politik, insofern sie, die praktische Staatswissenschaft, eine gewisse allgemeine Anerkennung gefunden hat und in Geltung ist. Die Quellen des allgemeinen Staatsrechtes sind nicht nur die einzelnen Staatsverfassungen, sondern es gibt neben diesem gesetzten Rechte auch ein ausgebildetes Gewohnheitsrecht, das ausschliesslich der Praxis, nicht wie das Verfassungsrecht auch theoretischen Erwägungen sein Dasein verdankt. Eine Verfassungsurkunde vermag an sich nicht das staatsrechtliche Leben eines Staatsorganismus vollkommen zu ordnen; überdies bestehen für ihre Abänderung auf ordnungsmässigem Wege erschwerende Bedingungen. Es bilden sich also Normen nicht nur zur Ergänzung des Verfassungsrechtes, sondern auch gegen seinen Inhalt: die Verfassung „wandelt“ sich [2]). Gerade für die heutigen Republiken sind diese Normen von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Werden sie nicht untersucht, so bleibt z. B. die sich in der Neuzeit zeigende Tendenz [3]), die Macht der Regierung und des Volkes gegenüber der des Parlamentes ohne Veränderung der Verfassungsgesetze zu stärken, verborgen und werden wichtige staatsrechtliche Institute, wie die Ausschüsse des nordamerikanischen Kongresses, Ministerrat und Ministerpräsident in an-

---

[1]) Über diesen Begriff der Politik und ihr Verhältnis zur Staatslehre vgl. Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 13 ff. Vgl. auch Rossi a. a. O. S. 553 ff.

[2]) Vgl. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906, S. 3, 28 ff. (die „konventionelle“ Verfassung). Rossi a. a. O. S. 549 betont ebenfalls die Wichtigkeit des Gewohnheitsrechtes für das staatliche Leben.

[3]) Jellinek a. a. O. S. 73—80.

deren Republiken, nicht berücksichtigt. Eine vollkommene Negierung dieses, wie gesagt, in gewisser Weise auch notwendigen ungeschriebenen Rechtes ist nicht möglich. Schwierig jedoch ist die Abgrenzung der bereits zu Rechtsnormen gewordenen Regeln, nach denen sich das politische Leben richtet, von solchen politischen Betrachtungen und tatsächlichen Ereignissen, die vielleicht dazu beitragen, das erwähnte ungeschriebene Recht zu bilden, aber noch nicht Allgemeingültigkeit oder Bedeutung für ähnliche Fälle beanspruchen können. Politik in letzterem Sinne gehört wohl in eine Darstellung der Staatslehre hinein, ist aber für eine positivrechtliche Frage nicht zu berücksichtigen.

VII. Die rechtliche Stellung der Oberhäupter der heutigen Republiken ist bislang[1]) noch nicht der Gegenstand erschöpfender monographischer Darstellung gewesen. Der Grund wird hauptsächlich darin zu suchen sein, dass die Möglichkeit, ein allgemeines republikanisches Staatsrecht, von dem die vorliegende Darstellung der Exekutive einen Teil bildet, aus einer vergleichenden Untersuchung der einzelnen republikanischen Organisationen zu gewinnen, verkannt ist. Die Lehrbücher der Staatsrechte der einzelnen Republiken und die Systeme des Völkerrechts[2]) begnügen sich meist damit, die positiven Verfassungsbestimmungen wiederzugeben oder die republikanischen Staatsoberhäupter kurz als oberste Staatsorgane, Repräsentanten der Staatsgewalt, Beamte, Chefs der Exekutive oder dergl. zu charakterisieren, ohne jedoch auf die grundlegenden Begriffe zurückzugehen. Mit der Behandlung der allgemeinen Staatslehre, der ja in der neueren Zeit erhöhtes Interesse zugewendet ist, hat man die republikanische Staatsform neu untersucht und dabei die rechtliche Stellung der republikanischen Staatshäupter zuweilen zusammenfassend vom Standpunkte der allgemeinen Staatslehre aus beleuchtet, wobei freilich dann wieder die Einzelheiten des allgemeinen Staatsrechtes zu kurz kamen[3]). Dagegen besteht eine Reihe

---

[1]) wie auch Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 154, feststellt.

[2]) Die Literatur wird in den §§ 2 und 14 angegeben werden.

[3]) Ausser den Werken über allgemeine Staatslehre von Jellinek,

von meist erst in neuester Zeit erschienenen Werken, die einzelne Teile unserer Aufgabe, besonders bestimmte Funktionen der Exekutive, teils mit Beschränkung auf ein Staatswesen, teils im Vergleiche mit anderen Republiken, behandeln[1]).

VIII. Wenn sich die folgenden Ausführungen mit dem Begriffe und der Rechtsstellung der republikanischen Staatshäupter befassen sollen, so ist es zur Gewinnung der erforderlichen Unterlagen, insbesondere auch zur Feststellung des Begriffes Republik und zur Abgrenzung dieser Staatsform von der monarchischen, notwendig, zunächst sich über den Begriff des Staates klar zu werden[2]). Für diesen Zweck ist zu den wichtigsten Staatstheorien Stellung zu nehmen, und im Zusammenhange damit sind andere einschlägige staatsrechtliche Begriffe zu erörtern.

Gegenüber der Tatsache, dass die heutige Staatslehre nicht eine allgemein anerkannte unangefochtene Definition des Staatsbegriffes geben kann, auf dem aufbauend man bald zu sicheren Resultaten bezüglich der Stellung des Staatshauptes kommen würde, vermag der Umstand ein Trost zu sein, dass die Staatslehre mit allen Wissenschaften das Schicksal teilt, dass gerade die letzten und allgemeinsten Begriffe, auf denen die ganze Wissenschaft ruht, der Erkenntnis die grössten Schwierigkeiten darbieten und vielleicht für immer der vollen Erkenntnis sich entziehen[3]). Andererseits ist aber auch der Ansicht entgegenzutreten, dass es einen einheitlichen Staatsbegriff überhaupt nicht gebe. Mit der Tatsache, dass unter dem Staate, der Republik, dem republikanischen Präsidenten, bestimmte Begriffe verstanden werden, ergibt sich immer

---

Rehm, R. Schmidt, Bornhak, Gareis, Affolter, Seydel sei noch hingewiesen auf Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 154 ff.; Lingg, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre; Bernatzik, Republik und Monarchie, Freiburg 1892; Duguit, L'État, les gouvernants et les agents S. 316 ff.

[1]) Sie werden an geeigneter Stelle erwähnt werden.

[2]) Combes de Lestrade, Droit politique contemporain S. 3: „Une définition de l'État doit se trouver au début de toute oeuvre qui traite du droit politique".

[3]) Loening im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 909.

wieder die Berechtigung, diesen Begriffen auf den Grund zu gehen und sie zu erfassen zu suchen. Es muss aber, wie Haenel[1]) sich scharf ausdrückt, „bei der vollkommenen, Praxis und Wissenschaft beherrschenden Zuchtlosigkeit und Willkür in den Begriffsbestimmungen und in der Terminologie aller Haupterscheinungen des Staatslebens jeder Schriftsteller sich den Weg auf eigene Faust bahnen". Ausserdem ist eine stets erneute Untersuchung der öffentlichrechtlichen Grundbegriffe auch deshalb geboten, weil der Staat selbst in steter Umbildung begriffen ist, die, wie bereits betont, sich nicht nur in der Abänderung von Verfassungsgesetzen zeigt, und wir daher „Gefahr laufen, das Leben der Gegenwart mit den Kategorien der Vergangenheit zu erfassen; fortwährend entstehen neue Erscheinungen im Staatenleben und treten andererseits Unterschiede in bisher für einheitlich gehaltenen Institutionen mehr oder minder deutlich hervor" [2]). So sei nur auf die durch die Entstehung der neueren Bundesstaaten hervorgerufenen Theorien und die infolgedessen von vielen Schriftstellern vorgenommene Eliminierung des Begriffsmerkmales der Souveränität aus der Staatsdefinition verwiesen.

In jedem Staate besteht eine Gemeinschaft menschlicher Individuen, das Volk, und ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche, das Staatsgebiet, die zunächst zwei allgemein anerkannte Begriffsmerkmale des Staates darstellen. Dadurch, dass die Personengemeinschaft Beziehungen zu einem bestimmten Gebiete hat, unterscheidet sie sich von anderen privat- oder öffentlichrechtlichen Genossenschaften, die keine Gebietskörperschaften sind[3]). Aber auch jedes Gebiet, das von einer Vereinigung von Menschen bewohnt ist, ist noch nicht Staatsgebiet, da der Unterschied z. B. von der Provinz oder der Stadt nicht

---

[1]) Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 119.

[2]) Jellinek, Über Staatsfragmente, in der Festgabe der jurist. Fakultät Heidelberg z. Geb. des Grossherzogs von Baden, Heidelberg 1896, S. 262.

[3]) Das Begriffsmerkmal Gebiet, das „Substrat" des Staatsbegriffes, fehlt in Ciceros Staatsdefinition: Res publica est coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus, so dass sie wohl kaum das ihr von Friedrich v. Martens (Völkerrecht, Deutsche Ausgabe von Carl Bergbohm, Berlin 1883, Bd. 1 S. 232) gespendete Lob verdient.

gegeben ist. Es muss zu Personengemeinschaft und Gebiet also noch mindestens ein drittes Begriffsmerkmal hinzutreten.

Hier beginnt der Streit der Meinungen, die auf verschiedene Weise den Staat auf der Grundlage seiner Substrate Volk und Gebiet zu erklären suchen. Die für die Lösung der gestellten Aufgabe wichtigste Frage, die sich aus der Fülle der Theorien herausheben lässt, ist die, ob der Staat als ein eigener Organismus, als eine einheitliche juristische Person, aufzufassen ist oder nicht. Je nachdem wird sich auch die Stellung des Oberhauptes im Staate verschieden gestalten. Zugleich gibt die Untersuchung des Begriffes Organismus ein Urteil über die sich so oft findende Bezeichnung des republikanischen Staatshauptes als eines staatlichen Organs, besonders des höchsten Staatsorgans. Zu diesem Probleme, wohl dem meistumstrittenen in der heutigen Staatslehre, muss deshalb hier Stellung genommen werden; es soll jedoch erst geschehen, nachdem ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Spitze in der Republik gegeben ist.

IX. Zuletzt noch einige Bemerkungen über das Wort Staatsoberhaupt[1]). Unter dem Staatsoberhaupte versteht der Sprachgebrauch die an der Spitze des Staates stehende Einzelpersönlichkeit. Die Spitze der Republik nimmt Funktionen an Stelle des Staates wahr; ob sie dies als Organ, Beamter, Beauftragter, Repräsentant, Herrscher tut, bleibe vorläufig dahingestellt. Und zwar sind dies — woraus sich der Begriff der Spitze des Staates ergibt — diejenigen Funktionen, die als die höchsten Verwaltungsfunktionen, die Regierung, bezeichnet werden, ohne dass sie überhaupt unter allen staatlichen Funktionen die höchsten, d. h. von keiner höheren Instanz rechtswirksam abhängig wären. Denn wie ausdrücklich festgestellt sein mag, wird durch die Bezeichnung als Spitze und insbesondere als Oberhaupt des Staates durchaus nicht ein Überwiegen der Macht vor anderen Faktoren präjudiziert; es liegt weder im Worte noch ist es notwendig, dass das Staatshaupt „dasjenige Organ ist, in dem sich die gesamte Staatsge-

[1]) Vgl. Affolter, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts S. 34; Gareis, Institutionen des Völkerrechts, Giessen 1901, S. 100 ff.

walt konzentriert“ [1]). Gerade in der Republik spielt, wie es auch rechtlich begründet ist, die legislative Gewalt, die beim Volke selbst oder einer repräsentierenden Versammlung liegt, die ausschlaggebende Rolle. Die Funktionen des höchsten Verwaltungsorgans umfassen hauptsächlich auch die sogenannten laufenden Geschäfte [2]) und können selbst in sehr kleinen Republiken kaum vollkommen von dem Volke selbst, von den Staatsbürgern abwechselnd oder von der Repräsentation des Volkes wahrgenommen werden. Heute bildet die Spitze der Republik aus dem oben ausgeführten Grunde meist eine Einzelpersönlichkeit, das Staatsoberhaupt. Aber auch wenn rein juristisch betrachtet ein Kollegium die Spitze des Staates, die höchste repräsentierende und regierende Behörde bildet, kann ein Oberhaupt doch nur der sein, der in diesem Kollegium der primus inter pares und rechtlich nicht mehr ist.

Es soll also hier zwischen Staatshaupt und Spitze des Staates unterschieden werden. Beide Begriffe fallen in den Monarchien und den meisten, wie gesagt grösseren, Republiken zusammen. Ein Kollegium, das die Spitze in anderen Republiken bildet, soll aber nicht als Staatsoberhaupt bezeichnet werden [3]). Allerdings wird der Vorsitzende eines Kollegiums, der den übrigen Mitgliedern gegenüber nicht Vorgesetzter ist, nur selten dessen oder der repräsentierten Gebietskörperschaft Oberhaupt genannt; doch widerstreitet es weder dem Sprachgebrauche noch den tatsächlichen Verhältnissen, wenn der Schweizer Bundespräsident, die höchsten Beamten der eidgenössischen Kantone und die hanseatischen Bürgermeister als die Oberhäupter ihrer Republiken angesehen werden. Ihre Rechtsstellung lässt sich jedoch nur im engsten Zusammenhange mit

---

[1]) wie Gareis a. a. O. das Staatshaupt definiert.

[2]) Dubs, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 1878, 1. Teil S. 79: „ein Rat kann sich in grossen Zeitpausen versammeln . . . die eigentliche Staatsleitung aber muss täglich und stündlich ihrer Pflicht obliegen“.

[3]) wie bei Hübler, Organisation der Verwaltung in Preussen (alte Lande) und im Deutschen Reich S. 2, und Heilborn, Völkerrecht in Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie, Leipzig und Berlin 1904, Bd. 2 S. 1000: „In Republiken ist Staatsoberhaupt entweder eine physische Person oder ein Kollegium“.

der der Kollegien, deren Mitglieder sie sind, und die zusammen die Spitze der Republik bilden, darstellen. Der Titel der meisten Kantonsoberhäupter (Präsident des Regierungsrates bzw. Kleinen Rates, président du conseil d'État) weist direkt auf die engen rechtlichen Beziehungen zu dem Exekutivkollegium hin. Sonst wird schon äusserlich durch den Titel — Präsident der Republik oder Nation, governor, Landammann, Bürgermeister — sowie durch die Ehrenrechte die höchstgestellte Einzelpersönlichkeit als Staatshaupt gekennzeichnet.

Die Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft kennt z. B. nur die besondere Bezeichnung als Bundespräsident, obwohl dessen Rechtsstellung unter der des Bundesrates behandelt wird, nicht aber einen Präsidenten dieses Rates[1]). Es kann auch nicht gegen die Eigenschaft als Staatshaupt die wenig einflussreiche Stellung des Vorsitzenden eines Kollegiums angeführt werden. In der Schweiz haben die Regierungskollegien der Legislative gegenüber selbst in ihrer Gesamtheit wenig Macht. Der Bundesrat der Eidgenossenschaft ist nur ein „simple comité préposé à l'expédition des affaires, plutôt qu'un véritable pouvoir“ [2]); er kann also nicht mit grösserem Rechte als Staatshaupt bezeichnet werden.

Die Senate in den Hansestädten haben dagegen wichtige Funktionen der Staatsgewalt wahrzunehmen. Ihre Gleichsetzung mit monarchischen Staatshäuptern beruht auf objektivem Rechte (z. B. Art. 66 der Reichsverfassung). Bemerkenswert ist jedoch, dass die hanseatischen präsidierenden Bürgermeister das Recht haben, wie die deutschen Fürsten auf Privatfahrzeugen die Reichskriegsflagge zu führen.

---

[1]) wie nach Freeman, Presidential government, in Historical essays, 2. ed., London 1872, S. 376, eigentlich der Titel sein müsste. Dubs a. a. O. 2. Teil S. 65 ist der oben ausgeführten Ansicht, wenn er auch feststellt, dass in praktischer Beziehung der Gedanke, dass in dem Bundespräsidenten nicht nur ein Präsident des Bundesrates zu sehen sei, nicht weiter ausgebildet sei. Vincent, State and federal government in Switzerland, Baltimore 1891, S. 135, erklärt die Präsidenten der kantonalen Exekutivbehörden für die highest representatives of the State.

[2]) Dupriez, Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, Paris 1892/93, Bd. 2 S. 181.

Dass Staatsoberhaupt nicht nur der Monarch[1]), sondern auch ein Angehöriger einer Republik sein kann, dürfte wohl unbestritten sein.

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung der Spitze der Republik. Quellen des geltenden Verfassungsrechts.

I. Auszugehen ist von der Tatsache, dass die heutigen Republiken sich sämtlich aus Monarchien bzw. Teilen oder Kolonien von solchen entwickelt haben[2]). Auch die Schweizerische Eidgenossenschaft ist aus Teilen der habsburgischen Hausmacht, den Besitzungen anderer, besonders deutscher Fürsten, Lehen der Kirche und Freien Reichsstädten entstanden; das alte deutsche Reich ist aber, wenigstens zur Zeit der Entstehung und ersten Entwicklung der Eidgenossenschaft, als Einheitsstaat aufzufassen; die reichsfreien Städte waren nicht, wie die Hansestädte im heutigen deutschen Reiche als einem Bundesstaate, selbständige Republiken, sondern ebenso wie andere tatsächlich demokratisch regierte Kantone rechtlich nur mit besonderen Privilegien ausgestattete Teile eines allein souveränen Gemeinwesens.

Die Grundlage der Republik, die demokratische Volkssouveränität, erhält zugleich durch diese Feststellung in gewisser Weise ihre Erklärung. Denn wenn das Volk durch die Revolution sich der Dynastie entledigt oder sich vom Mutterlande losgerissen hatte, war es natürlich, dass in dem nicht mehr von einem Monarchen regierten Staatswesen der übrigbleibende als Souverän in Betracht kommende Faktor, das Volk in seiner Gesamtheit, in seltenen Fällen auch eine Mehrzahl von Volksgenossen, selbst die Staatsgewalt sich aneignete[3]). Weitere Schlüsse lassen sich jedoch aus der Tatsache, dass die heutigen Republiken aus Monarchien entstanden sind, nicht ziehen. Es kann z. B eine Republik sich auch aus einem Gemeinwesen entwickeln, dem bis dahin die Bezeichnung Staat

[1]) wie Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1881, Bd. 1 S. 183, anzunehmen scheint.

[2]) Bornhak, Allgemeine Staatslehre S. 42, 43.

[3]) Vgl. Bornhak a. a. O. und Cooley, Treatise on the constitutional limitations etc. S. 7.

oder Teil eines Staates überhaupt nicht zukam, einer Besiedelung okkupierten Gebietes; so wurden die ehemalige südafrikanische Republik (Transvaal) und der Oranjefreistaat gegründet.

Bemerkenswert ist die Entstehung von Republiken aus städtischen Kommunalwesen (deutsche Freie Städte).

Die afrikanische Negerrepublik Liberia ferner hat sich aus einer im Jahre 1816 von einer amerikanischen Kolonisationsgesellschaft zur Ansiedelung freier Farbigen gegründeten Kolonie entwickelt. Das Abhängigkeitsverhältnis zu der Gesellschaft bestand, bis diese auf die Verwaltung verzichtete und Liberia im Jahre 1847 selbständige, auch in Europa anerkannte Republik wurde [1]). Liberia und die neueren nordamerikanischen Gliedstaaten, die zunächst abhängige Territorien waren und erst nach und nach Staatscharakter erhielten, sind dann die einzigen jetzt bestehenden Republiken, die ihren Ursprung nicht direkt von Monarchien bzw. monarchischen Besitzungen herleiten können, sondern auf unselbständige, unter republikanischer Staatshoheit stehende Gebiete zurückgehen.

Die Entwicklung der Spitze in den neu entstandenen Republiken ist sehr verschieden gewesen. Auf ihre Schaffung und Weiterbildung sind von Einfluss gewesen vor allem die Entstehung und die besonderen Verhältnisse der betreffenden Republik selbst, sodann herrschende Staatstheorien, hervorragende Persönlichkeiten und das Beispiel anderer Republiken.

II. Wir wenden uns zunächst der Entwicklung der republikanischen Staatsform in Amerika zu.

1. Die ersten neuzeitlichen Republiken sind die Staaten, die die nordamerikanische Union gründeten. Auf die Aufforderung des Kongresses von Philadelphia im Jahre 1776, auf dem zwölf der zum Abfall vom Mutterlande entschlossenen Kolonien vertreten waren, gaben sich elf der Staaten Verfassungen, nämlich Virginia, Massachusetts, Delaware, Pennsylvania, New Yersey, Maryland, South Carolina, New Hampshire, North Carolina, Georgia und New York. Zwei

---

[1]) Meyers Grosses Konversationslexikon, 6. Aufl., Leipzig und Wien 1905, Bd. 12 S. 506 (mit weiterer Literatur).

Staaten behielten die ihnen von der britischen Krone verliehenen Kolonialcharten bei und benutzten sie bis zum Jahre 1818 bzw. 1848 als Verfassungen, nämlich Connecticut den Charter von 1662 und Rhode Island den von 1663. Diese sind somit die ältesten geschriebenen Staatsverfassungen im modernen Sinne [1]). Virginia gab sich die erste eigene Verfassung [2]), die anderen der elf Staaten folgten, manche wechselten in der Zeit bis zur Gründung der Union ihre Verfassung [3]).

Diese ersten Verfassungen lehnten sich erklärlicherweise an die bisherigen Kolonialverfassungen an [4]). So blieb die Exekutive in der Hand eines Governor (in Pennsylvania und New Hampshire war der Titel zunächst Präsident); nur waren dessen Befugnisse, wohl im Andenken an die höchsten Exekutivbeamten der britischen Krone in den Kolonien, in manchen der ersten Verfassungen ziemlich beschränkt worden. Der Governor wurde in den meisten Staaten von der Legislative gewählt, nur in einigen vom Volke; denn ein Staatshaupt, das der Volksgunst seine Stellung verdankt, gilt als mächtiger und gefährlicher, als wenn es indirekt bestimmt wird. Ihm zur Seite stand in allen der dreizehn Staaten ausser in Süd-Carolina ein Rat (Executive council, in Delaware Privy council) „as a check on the powers of the executive“ [5]). Allmählich ist dieser Hemmschuh verschwunden, ein Rat besteht nur noch — zuweilen hat sich aus ihm der Senat als Teil der Legislative entwickelt — in wenigen Staaten, und „the governor remains in solitary glory the official head and representative of the majesty of the State“ [6]).

---

[1]) Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Leipzig 1895, S. 10, 11. Foster, Commentaries on the constitution of the United States, London 1896, Bd. 1 S. 27, scheint auch völkerrechtliche Verträge als Verfassungen anzusehen.

[2]) Jellinek a. a. O. S. 11, 12.

[3]) S. die Tabelle bei Fisk, Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Leipzig 1896, S. 108.

[4]) Foster a. a. O. S. 37; Dareste, Les constitutions modernes, Recueil des constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé, 2. édit., Paris 1891, Bd. 1 S. VI.

[5]) Foster a. a. O.; ähnlich der Uitvoerende Raad im ehemaligen Oranjefreistaate (Dareste, Constitutions modernes Bd. 2 S. 560).

[6]) Bryce, The American commonwealth Bd. 1 S. 473, 474.

Die dreizehn Staaten waren, nachdem sie sich für unabhängig erklärt hatten, selbständige souveräne Gemeinwesen geworden. Sie bildeten nach den „Articles of Confederation and Perpetual Union" von 1777 einen Staatenbund, nicht einen neuen souveränen Bundesstaat; das Organ dieses Bundes, der von den Vertretern der einzelnen Staaten beschickte Kongress, trägt durchaus völkerrechtlichen Charakter und ist nicht als Spitze und Exekutive eines Staates anzusehen [1]). Es lag auf der Hand, dass die Zentralgewalt dieser souveränen, aber aufeinander angewiesenen Staaten zu schwach war [2]). Es wurde daher 1786 die Revision der Articles of Confederation beschlossen in der ausgesprochenen Absicht „to render the Federal Constitution adequate to the exigencies of government and the preservation of the Union" [3]).

2. Die Verfassung vom 17. September 1787 machte dann aus den Vereinigten Staaten einen einheitlichen Bundesstaat. Sie führte das Prinzip der Teilung der Gewalten (Funktionen der Staatsgewalt) sofort bei dementsprechender Disposition möglichst konsequent durch und bestimmte in Art. 2 Sect. 1 § 1: The executive power shall be vested in a president of the United States of America. Gegen die Übertragung der Exekutivgewalt an eine Einzelperson wurden zwar verschiedene Bedenken geltend gemacht, doch sprachen andererseits Erwägungen und die Erfahrungen des letzten Jahrzehnts dafür [4]); von einem Exekutivrate wurde abgesehen, dafür aber der Senat

---

[1]) Bryce a. a. O. S. 17; Fisk a. a. O. S. 36 ff.; Kent, Commentaries on American law, 11. ed. by Comstock, Boston 1867, Bd. 1 S. 213 ff.; Story, Commentaries on the constitution of the United States, 4. ed. Bd. 2 S. 269.

[2]) Cleveland, Presidential Problems, London and New York 1904, S. 6; Federalist, Anfang: „After full experience of the insufficiency of the existing federal government, you are invited to deliberate upon a new constitution for the United States of America".

[3]) Bryce Bd. 1 S. 18.

[4]) S. oben S. 5 Anm. 4; Bryce S. 35, 36; Federalist Kap. 23; Bancroft, History of the formation of the constitution of the United States of America, London 1882, Bd. 1 S. 146, gibt auch Gründe wirtschaftlicher Art für den Zusammenschluss der Union an; vgl. ferner für die Entwicklungsgeschichte Scott, The republic as a form of government or the evolution of democracy in America, London 1890, S. 57 ff.

mit manchen Kontrollbefugnissen ausgestattet. Die Stellung dieses Bundespräsidenten ist einerseits der des Governor der Gliedstaaten, andererseits der des englischen konstitutionellen Königs nachgebildet [1]. Die Verfassung der Vereinigten Staaten, die Gladstone „the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man" nennt [2]), zeichnet sich vor anderen Grundgesetzen dadurch aus, dass sie noch in ihrer ursprünglichen Form in Geltung ist. Sie ist nur durch eine Anzahl von Amendments ergänzt bzw. inhaltlich abgeändert worden, von denen eins auch die Wahl des Präsidenten und Vizepräsidenten betrifft [3]). Sonst hat die Stellung des Bundespräsidenten im allgemeinen im 19. Jahrhundert keine rechtliche Änderung erfahren. Die Beamtenernennungsbefugnis, bezüglich der sich in der ersten Zeit der Union die Abneigung gegen monarchische Macht des Präsidenten bemerkbar machte, ist schon zeitig zur Entwicklung gelangt [4]).

3. Seit Gründung der Union ist zu den ursprünglichen dreizehn Staaten eine ganze Anzahl neuer Staaten hinzugetreten, die sich dann, meist durch eine Kongressakte des Bundes ermächtigt [5]), Verfassungen gegeben haben. Der Bundesstaat besteht heute aus fünfundvierzig Staaten; dazu kommen noch sechs Territorien und ein Bundesdistrikt. Im Gegensatz zu der Bundesverfassung sind die Verfassungen dieser Gliedstaaten fortwährenden Veränderungen unterworfen gewesen, sei es dass sie durch neue Grundgesetze ersetzt, sei es dass sie

---

[1]) Foster S. 39; Bryce S. 35; Duguit, L'État, les gouvernants et les agents S. 348, 349.

[2]) Foster S. 22; Duc de Noailles, Le centenaire d'une constitution, Revue des Deux Mondes 1889, S. 796: „. . elle est la doyenne des constitutions écrites, régulièrement discutées et formulées . . . un chef d'oeuvre d'élasticité".

[3]) Die Verfassung und die Amendments befinden sich u. a. in Kents Commentaries Bd. I S. 639 ff., 650 ff., sowie in der unten zitierten Sammlung von Poore. Ausserdem ist die Verfassung abgedruckt bei Bryce, eine deutsche Übersetzung gibt Schlief (als Anhang zur „Verfassung der nordamerikanischen Union").

[4]) Young, Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten als Bundesstaaten S. 5.

[5]) Cooley, Treatise on the constitutional limitations S. 35.

durch Amendments ergänzt oder teilweise abgeändert wurden [1]). Die Vereinigten Staaten sind in der Reihenfolge ihres Eintritts in die Union — bei den ersten dreizehn Staaten der Ratifikation der Bundesverfassung — mit hinzugesetztem Datum der jetzt geltenden Verfassung [2]): Delaware (8. November 1831), Pennsylvania (16. Dezember 1873), New Yersey (13. August 1844), Georgia (11. März 1877), Connecticut (1818), Massachusetts (1780), Maryland (18. September 1867), South Carolina (16. April 1868), New Hampshire (1792), Virginia (1870), New York (November 1846), North Carolina (1876), Rhode Island (23. November 1842), Vermont (4. Juli 1793), Kentucky (1850), Tennessee (26. März 1870), Ohio (1851), Louisiana (1879), Indiana (1851), Mississippi (1. Dezember 1868), Illinois (2. Juli 1870), Alabama (16. November 1875), Maine (1819), Missouri (1875), Arkansas (13. Oktober 1874), Michigan (1850), Florida (Mai 1868), Texas (17. Februar 1875), Jowa (3. August 1857), Wisconsin (März 1848), California (1879), Minnesota (1857), Oregon (1857), Kansas (4. Oktober 1859), West Virginia (22. August 1872), Nevada (1864), Nebraska (12. Oktober 1875), Colorado (1. Juli 1876), North Dakota (1889), South Dakota (1889), Montana (1889), Washington (1889), Idaho (1889), Wyoming (1889), Utah (1894).

[1]) S. die Tabellen bei Fisk, Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika S. 108 ff., sowie Hitchocks Berechnung bei Dareste, Les constitutions modernes Bd. 1 S. XIV.

[2]) Die Verfassungen der nordamerikanischen Einzelstaaten finden sich in der bis zum Jahre 1877 reichenden umfassenden Sammlung: The federal and state constitutions, colonial charters, and other organic laws of the United States, compiled under an order of the United States Senate by Ben. Perley Poore, Washington 1877 (2 Bände). Ausserdem ist die Verfassung Pennsylvanias in französischer Sprache bei Dareste, Les constitutions modernes Bd. 2 S. 408 ff., die Californias bei Bryce, The American commonwealth Bd. 1 S. 683 ff., und eine ältere Verfassung New Yorks vom 10. November 1821 bei de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, 8. éd., Paris 1840, Bd. 1 S. 332 ff., abgedruckt. Wegen der Daten vgl. auch Dareste Bd. 2 S. 377 ff.; Bryce Bd. 1 S. XVIII, XIX; Fisk, Stimmrecht und Einzelstaat S. 107 ff.; Kempin, Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1892, S. 27 ff. Die Daten werden oft verschieden angegeben, je nachdem die Annahme durch den Einzelstaat, die Zulassung durch die Bundesgewalt oder die Publikation für massgebend gehalten, oder eine abgeänderte Verfassung als neue oder als alte zitiert wird.

4. Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika ist von grossem Einflusse nicht nur auf die späteren Verfassungen der nordamerikanischen Gliedstaaten, sondern auch auf die Verfassungen der im Laufe des 19. Jahrhunderts entstehenden mittel- und südamerikanischen Republiken gewesen. Dies zeigt sich schon in Einzelheiten, wie der meist vierjährigen Amtszeit des Präsidenten, dem Institute des Vizepräsidenten, der wie in den Vereinigten Staaten auch Präsident des Senates ist, der Gestaltung der Legislative, wie auch in der äusseren Disposition der Verfassung, die meist in vier Abschnitten allgemeine staatsbürgerliche Rechte, die Legislative, die Exekutive und die richterliche Gewalt behandelt. Eine besondere Entwicklung der Spitze in den neueren nordamerikanischen Gliedstaaten und den mittel- und südamerikanischen Republiken ist daher nicht zu erörtern. Diese Staatswesen haben einfach die nordamerikanische Bundesverfassung mit dem Präsidenten (oder Governor) als Chef der Exekutive und Staatsoberhaupt als bewährt mit meist rechtlich wenig bedeutsamen Änderungen übernommen; man kann deshalb von dem Typus der amerikanischen oder Präsidentschaftsrepublik sprechen. Es ist sehr bemerkenswert, dass in Mittel- und Südamerika die häufigen Staatsumwälzungen [1]) weniger einer Abänderung der bestehenden Verfassungsgesetze oder gar der Umwandlung in eine andere Staatsform als dem Sturze bestimmter Persönlichkeiten gegolten haben, und dass hier trotz der Revolutionen viel weniger Verfassungsänderungen festzustellen sind als z. B. in den Schweizer Kantonen.

Die Republiken Mittel- und Südamerikas haben sich meist aus dem spanischen und portugiesischen Kolonialbesitze entwickelt. Die fünf mittelamerikanischen Republiken Guatemala, Salvador, Nicaragua, Honduras und Costa Rica trennten sich im Jahre 1821 von Mexico und gründeten als vereinigte Provinzen von Zentralamerika eine Föderativrepublik. Die mittelamerikanische Union ist jetzt aufgelöst; die zahlreichen Versuche, die romanischen Republiken zu einigen, sind ohne dauernden

---

[1]) Mexico hat 1821—1853 achtundvierzig verschiedene Regierungsformen gehabt (Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung S. 4 Anm. 1).

Erfolg gewesen. Die letzte Verbindung in der „Republica mayor de Centro-America“ (Honduras, Salvador und Nicaragua seit 1895, seit 1897 auch Guatemala und Costa Rica) hatte nur bis 1898 Bestand[1]. Mexiko, Brasilien — das bis 1889 Monarchie mit einem Kaiser an der Spitze war —, Argentinien, Venezuela und die Dominikanische Republik sind Bundesstaaten (Estados Unidos de Mejico, do Brasil, de Venezuela); Mexiko hat z. B. 27 Staaten und zwei Territorien, Argentinien besteht aus vierzehn, Brasilien aus zwanzig, Venezuela aus neun und San Domingo aus fünf Staaten.

Der Charakter dieser Gliedstaaten als vollkommener Staaten ist bestritten. Es wird behauptet, sie seien eigentlich nur mit ziemlicher Selbständigkeit begabte Provinzen[2]. Hierfür spricht, dass sie in Argentinien auch provincias genannt werden, dass ihr Gesetzgebungsrecht durch die Kompetenz der Bundesgewalt stark beschränkt ist und dass Art. 110 der argentinischen Verfassung vom 25. September 1860 in den Gouverneuren der Provinzen die natürlichen Beamten der Bundesregierung in bezug auf die Ausführung der Verfassung und der Gesetze des Gesamtstaates sieht. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Wort Provinz[3] zur Bezeichnung von Gebietskörperschaften verwandt ist, die wohl unbestritten Staatseigenschaft haben, wie z. B. die oben erwähnten vereinigten Provinzen von Zentralamerika; auch auf die vereinigten Provinzen der Niederlande ist hingewiesen worden. Die Organisation dieser Gebietskörperschaften, vor allem der Besitz einer eigenes staatliches Leben verbürgenden Verfassung (im engeren Sinne), genügt aber, ihnen den Charakter von Staaten zu geben, wenn auch z. B. in San Domingo die Gouverneure der Einzelstaaten von der Bundesgewalt, nicht wie in den Gliedstaaten Argentiniens vom Volke bestimmt werden. Dass im übrigen die Grenzlinie zwischen Staat und Verwaltungsbezirk in gewisser Weise nur willkürlich bestimmt werden

---

[1] Unvollständig v. Liszt, Völkerrecht 4. Aufl. 1906 S. 45.

[2] Vgl. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. von Anschütz S. 44 Anm. 3.

[3] Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat, Leipzig 1892, S. 117, hält den Namen Provinz nicht für entscheidend für das Mass der Unterordnung des Bundesgliedes unter die Gesamtheit.

kann, lehrt das venezolanische Staatsrecht: Im Jahre 1881 wurden die bis dahin bestehenden zwanzig Staaten in Sektionen umgewandelt und unter acht Staaten verteilt; doch können seit 1893 diese Sektionen wieder Staaten werden, wenn sie 100000 Einwohner haben und zwei Drittel ihrer Distrikte es verlangen [1]).

Die Verfassungen datieren heute für die mittel- und südamerikanischen Republiken: Mexiko vom 12. Februar 1857, Kuba vom 21. Februar 1901, Guatemala vom 11. Dezember 1879, Salvador von 1883, Honduras vom 1. November 1880, Nicaragua vom 11. Juli 1894, Costa Rica vom 22. Mai 1903, Haiti vom 9. Oktober 1889, Dominikanische Republik vom 12. Juni 1896, Kolumbien vom 5. August 1886, Venezuela vom 27. April 1904, Ecuador von 1830 (1897), Peru vom 18. Oktober 1856, Bolivia vom 23. Oktober 1899, Chile vom 25. Mai 1833, Brasilien vom 24. Februar 1891, Uruguay vom 10. September 1829, Paraguay vom 18. November 1870, Argentinien vom 25. September 1860. Die Provinzen Argentiniens sind mit den Verfassungsdaten: Buenos Aires (21. Oktober 1889), Santa Fé (6. Januar 1900), Cordoba (11. Januar 1883), Entre Rios (1. September 1883), Corrientes (25. Mai 1889), Tucuman (16. September 1884), Santiago del Estero (28. April 1884), Salta (28. September 1888), Mendoza (23. Februar 1900), Catamarca (27. Juni 1895), San Juan (20. September 1879), San Luis (12. April 1871), La Rioja (2. April 1865), Jujuy (12. September 1893) [2]).

---

[1]) Le Fur und Posener, Bundesstaat und Staatenbund, Bd. 1: Bundesstaat und Staatenbund in geschichtlicher Entwicklung, Breslau 1902, S. 233.

[2]) Die Verfassungsurkunden Argentiniens und der Provinzen bringt Carranza, Constitucion nacional y constituciones provinciales vigentes, Buenos Aires 1898. Ausgaben der Verfassung Chiles: Constitucion politica de la Republica de Chile jurada y promulgada el 25 de Mayo de 1833 con las reformas efectuadas hasta el 10 de Agosto de 1888, Santiago de Chile 1888; Huneeus, La constitucion ante el congreso o sea comentario positivo de la constitucion Chilena, 2 Bände, Santiago 1879—80. Englisch: Constitution of the Republic of Columbia, with an historical introduction, translated by B. Moses Philadelphia 1893 (Supplement to Annals of the American Academy of Political and Social Science, January 1893). In französischer Sprache gibt Dareste (Constitutions modernes Bd 2) die Verfassungen Mexicos (S. 457 ff.),

Liberias Verfassung ist ebenfalls der nordamerikanischen nachgebildet; als ihr Datum wird der 26. Juli 1847 angegeben.

III. Während diese Gruppe der amerikanischen Freistaaten, die alle denselben Typus des Staatshauptes haben, sich von vornherein für eine Einzelperson entschieden und keine tiefgreifenden Änderungen in der Entwicklung der Spitze des Staatswesens erfahren hat, ist für die französische Republik, die ungefähr gleichzeitig mit der nordamerikanischen Union entstand, bezeichnend, dass man sich nur mit Widerstreben und unter ständiger Betonung des Grundsatzes der Volkssouveränität dazu verstand, ein Staatsoberhaupt anstatt einer Personengemeinschaft an die Spitze zu berufen und ihm die notwendige selbständige Stellung zu geben. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute der oft schnell aufeinander folgenden Verfassungen und es war der Fall sowohl Ende des 18. Jahrhunderts als auch nach dem Sturze des Kaiserreichs im Jahre 1870.

1. Nach der Abschaffung des Königtums, dem noch in der Verfassung vom 3. September 1791 Kap. 4 Art. 1 gewährleistet war: Le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi[1]), beschloss der Konvent in der Sitzung vom 15. Februar 1793[2]), dass die Exekutivgewalt einem Rate von sieben Mitgliedern übergeben werden und jedes Mitglied ein Ministerium bekommen solle (Constitution Girondine

Argentiniens (S. 518 ff.) und Brasiliens (S. 627 ff.); Janvier, Les constitutions d'Haiti (1801—1885), Paris 1886.

Wegen der Daten vgl. auch den Gothaischen Genealogischen Hofkalender mit diplomatisch-statistischem Jahrbuch für 1907; Dareste a. a. O. S. 457 ff.; Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif Bd. 3 S. 165—167. Ferner Le Fur und Posener, Bundesstaat und Staatenbund Bd. 1 S. 186 ff., 216 ff., 229, 243 ff., 252 ff., 316 ff., und Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat, Untersuchungen über die Praxis und das Recht der modernen Bünde, Leipzig 1892, wo sich auch Angaben über Literatur und geschichtliche Entwicklung der romanischen Bundesstaaten finden. Es gilt auch hier und unten bezüglich der Schweizer Kantonsverfassungen das oben S. 22 Anm 2 am Schluss Gesagte.

[1]) Duguit et Monnier, Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, Paris 1898, S. 23.

[2]) Hélie, Les constitutions de la France, avec un commentaire, Paris 1875—79, S. 385.

de 1793[1]): La nation française se constitue en République une et indivisible; titre V sect. 1 art. 1: Le conseil exécutif de la République est composé de sept ministres et d'un secrétaire). Die Verfassung vom 24. Juni 1793[2]) bestimmte dann im Art. 62: Il y a un conseil exécutif composé de vingt-quatre membres, und über deren Wahl im Art. 63: L'assemblée électorale de chaque département nomme un candidat. Le corps législatif choisit sur la liste générale les membres du conseil.

Aus den Verfassungen seien weitere Stellen angeführt[3]):

Constitution du 5 fructidor an III (22. August 1795) art. 132[4]): Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres, nommés par le corps législatif, faisant alors les fonctions d'assemblée électorale, au nom de la nation.

Constitution du 22 frimaire an VIII (13. Dezember 1799) art. 39[5]): Le gouvernement est confié à trois consuls nommés pour dix ans. Über die Befugnisse des ersten Konsuls und des Gouvernement vergleiche dort die folgenden Artikel.

Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18. Mai 1804) art. 1[6]): Le gouvernement de la République est confié à un empereur qui prend le titre d'empereur des Français.

Sodann Constitution du 4 novembre 1848 art. 43[7]): Le peuple français délègue le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de Président de la République. Nach dieser Verfassung war der Präsident nur vollziehender Beamter. Constitution du 14 janvier 1852 art. 2[8]): Le gouvernement de la République française est confié pour dix ans au prince Louis-

---

[1]) Duguit-Monnier S. 38, 46.

[2]) Duguit-Monnier S. 74; Hélie S. 381.

[3]) Vgl. auch Poelitz, Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789, Leipzig 1832—33, und Perrin, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France, Paris 1900, S. 6 ff.

[4]) Duguit-Monnier S. 94; Hélie S. 448, 470, 471.

[5]) Duguit-Monnier S. 123; Hélie S. 580, 589.

[6]) Duguit-Monnier S. 144, 145; Hélie S. 717, 718, 735 ff.

[7]) Duguit-Monnier S. 238; Hélie S. 1106, 1118 ff.; vgl. auch Seydel, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg und Leipzig 1893, S. 158 ff. und 180.

[8]) Duguit-Monnier S. 275; Hélie S. 1168, 1173; Seydel, Abhandlungen S. 181, 182.

Napoléon Bonaparte, président actuel de la République. Der Präsident war jetzt das Oberhaupt des Staates, nicht bloss der vollziehenden Gewalt; er konnte stets die Berufung an das Volk ergreifen; der gesetzgebende Körper war Organ des Präsidenten, in seinem Namen wurde Recht gesprochen, ihm stand die Initiative und Sanktion der Gesetze zu. Sénatusconsulte du 7 novembre 1852 art. 1[1]): La dignité impériale est rétablie. Louis-Napoléon Bonaparte est empereur des Français, sous le nom de Napoléon III.

2. Im Jahre 1870 wurde nach dem Sturze des Kaisertums die Republik erklärt und, den Kriegszeiten entsprechend, zunächst nur ein gouvernement de la défense nationale eingerichtet, dessen Vorsitz der Gouverneur von Paris, General Trochu, übernahm[2]). Durch Dekret[3]) der dann in Bordeaux zusammentretenden Nationalversammlung vom 17. Februar 1871 wurde Thiers zum „chef du pouvoir exécutif de la République française" ernannt. Er sollte seine Funktionen unter Mitwirkung der Minister ausüben, die er selbst zu wählen und unter denen er den Vorsitz zu führen hatte. Er war also eigentlich nur Ministerpräsident, ähnlich wie im Jahre 1848 General Cavaignac zum „Präsidenten des Ministerrates" ernannt war. Ausserdem war er der Kontrolle der Nationalversammlung in bezug auf die Ausübung der Funktionen unterworfen. Im ganzen stellt dieser Pacte de Bordeaux nur eine provisorische Regelung der Staatsleitung dar, Regierung und Nationalversammlung suchten mit gemeinsamen Kräften zu arbeiten und zunächst die durch den Krieg bedingten äusseren Verhältnisse des Landes zu bessern.

Die Rechtsstellung des Staatshauptes wurde erst durch Dekret[4]) vom 31. August 1871 (Constitution Rivet) schärfer bestimmt. Thiers erhielt den Titel eines Präsidenten der Republik, seine Befugnisse und seine Verantwortlichkeit wurden

---

[1]) Duguit-Monnier S. 290; Hélie S. 1219 ff.

[2]) Duguit-Monnier S. CXV, CXVI; Hélie S. 1333.

[3]) Duguit-Monnier S. 314; Hélie S. 1360. Vgl. hierfür und für das Folgende auch Brie, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs S. 5 ff.; Dareste, Constitutions modernes Bd. 1 S. 7 ff.; Duguit-Monnier S. CXV ff.

[4]) Duguit-Monnier S. 315, 316; Hélie S. 1381 ff.

festgelegt. Auf eine Aufforderung[1]) des Präsidenten an die Nationalversammlung, die Regierung des Landes zu organisieren, wurde eine Kommission zur Prüfung des Vorschlags eingesetzt, und am 13. März 1873 nahm die Nationalversammlung ein Gesetz[2]) über das Verhältnis des Präsidenten zur Legislative und über die Ministerverantwortlichkeit an.

3. Nach der Demission Thiers wurde Mac Mahon zum Präsidenten ernannt (24. Mai 1873)[3]) und ihm durch Gesetz[4]) vom 20. November 1873 die Exekutivgewalt auf sieben Jahre übertragen[5]). In demselben Gesetze wurde die Ernennung einer Kommission zur Prüfung der Verfassungsgesetze angeordnet. Die Beratungen dieser Kommission währten das folgende Jahr durch, und im Jahre 1875 wurden, nachdem ein Amendement Naquet[6]), die Exekutive einem Ministerpräsidenten ohne Portefeuille zu übertragen, abgelehnt war, die noch heute, mit einigen Änderungen und Nachträgen[7]) versehen, in Geltung befindlichen Grundgesetze[8]) von der Nationalversammlung angenommen: loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des Pouvoirs publics, loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des Pouvoirs publics und zwei lois organiques vom 2. August und 30. November über die Wahlen der Senatoren und Deputierten.

Diesen Schwankungen in der geschichtlichen Entwicklung entsprechend, gibt die französische Verfassung[9]) nicht ein so

---

[1]) Dareste Bd. 1 S. 7.

[2]) Duguit-Monnier S. 317; Hélie S. 1395.

[3]) Duguit-Monnier S. 318; Hélie S. 1396.

[4]) Duguit-Monnier S. 319; Hélie S. 1397.

[5]) Über andere Vorschläge, die Amtsdauer Thiers und Mac Mahons zu bemessen vgl. Duguit-Monnier S. CXXI, CXXII, CXXIII, CXXXI, CXLII.

[6]) Duguit-Monnier S. CXLV.

[7]) Duguit-Monnier S. 335 ff.

[8]) Duguit-Monnier S. 319 ff.; Hélie S. 1409 ff. Sie sind ausserdem u. a abgedruckt bei Lefebvre, Étude sur les lois constitutionnelles de 1875, Paris 1882, in der bei Rivière in Paris erschienenen Ausgabe des Code civil sowie in les codes francais collationnés sur les textes officiels, herausgegeben von Tripier und Monnier (wiederholt aufgelegt).

[9]) In der „Geschichte der Frankfurter Zeitung“ (1856 bis 1906, heraus-

klares einheitliches Bild von der Auffassung der Spitze der Republik wie in den amerikanischen Republiken dies der Fall ist. Sie ist auch nicht in einer einzigen Urkunde niedergelegt. Die aufgezählten Grundgesetze stellen kein streng durchgeführtes System dar, sie bringen auch nicht prinzipielle Sätze über die Volkssouveränität und die Grundrechte der Staatsbürger, sondern sie begnügen sich damit, die notwendigsten Bestimmungen über die Staatsorgane, ihre Entstehung (Wahl), Kompetenz und ihre Funktionen zu geben [1]. Im allgemeinen kann man wohl die Verfassung ein Kompromiss [2] zwischen englischen und amerikanischen Verfassungsgesetzen nennen, indem ersteren das parlamentarische System und letzteren die Stellung des Präsidenten entlehnt ist. Dies ist auch geschichtlich verständlich. Denn mit dem Sturze des Kaisertums war keineswegs die Republik für immer begründet; es wurde lange gestritten, ob die Staatsform endgültig eine monarchische oder eine republikanische werden sollte [3], und es ist wohl erklärlich, dass, als man sich endlich für die Republik entschloss und sich dem Einflusse der für so viele Republiken vorbildlich gewesenen amerikanischen Verfassung nicht entziehen konnte, man doch auch die Stellung des Staatshauptes durch einige Sätze des konstitutionell-monarchischen Staatsrechts modifizierte.

IV. Den amerikanischen Staaten und Frankreich gegenüber steht eine dritte Gruppe von Republiken, die nach geltendem Verfassungsrecht nicht wie jene nur eine Einzelperson, sondern eine Personenmehrheit an ihre Spitze gestellt haben. Zu ihr gehören die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Schweizer Kantone und die deutschen Freien Städte.

1. Die Entwicklung in der Schweizerischen Eid-

---

gegeben vom Verlag der Frankfurter Zeitung, Frankfurt a. M. 1906) S. 300 findet sich über die dritte Republik das Urteil: „Sie ist vom Volke gemacht, nicht mit seinen natürlichen Führern, sondern gegen dieselben".

[1]) Über die Lückenhaftigkeit der französischen Verfassungsgesetze s. a. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung S. 4.

[2]) Esmein, Éléments de droit constitutionnel S. 378; vgl. Brie, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs S. 4.

[3]) Thiers hielt die Republik für diejenige Form, welche die Parteien am wenigsten trennte (Geschichte der Frankfurter Zeitung S. 302).

genossenschaft ist bedingt durch den streng durchgeführten republikanisch-demokratischen Charakter und die Eigenschaft als ein Bund von Staaten. Wie die Einzelstaaten der nordamerikanischen Union so haben auch die Kantone der Schweiz immer, auch schon vor ihrer Vereinigung zu einem selbständigen Bundesstaate, in mehr oder minder festem Zusammenhang gestanden. Ihre Verfassungen haben sich als die republikanischer Staaten daher im Rahmen dieser Vereinigung und gleichzeitig mit der Verfassung der Eidgenossenschaft entwickelt; vor dem Zusammenschluss bestanden rechtlich selbständige Staaten noch nicht.

Obwohl nach der Verbindung der Urkantone und der Losreissung vom Deutschen Reiche der zunächst lose gefügte Bau der Eidgenossenschaft schon bald auf die Schaffung einer festen Zentralgewalt hinwies, so verzögerte sich ein engerer Zusammenschluss der Kantone doch im Laufe der folgenden Jahrhunderte [1]. Die kirchliche Reformation des 16. Jahrhunderts trennte die Eidgenossenschaft in zwei Bundesvereine mit eigenen Organen und eigener Politik. Es blieb sodann die Tagsatzung das einzige, die alte Eidgenossenschaft zusammenhaltende lockere Band [2]. Sie war ein Kongress von Gesandten der Kantone, die ihre Instruktionen austauschten. Der Vorort fiel mit der Regierung eines der grösseren Kantone zusammen. Die Kompetenz der Tagsatzung war bei dem Mangel einer festen geschriebenen Verfassung unbestimmt, ihr Geschäftskreis bald enger bald weiter gezogen. Im allgemeinen vertrat die Tagsatzung die Eidgenossenschaft dem Auslande gegenüber, sie empfing fremde Gesandte und ordnete eigene Gesandte ab, beschloss über Krieg und Frieden und unterhandelte mit auswärtigen Staaten; ausserdem sorgte sie für die Beilegung innerer Streitigkeiten und erwog gemeinsame Interessen der Kantone. Es fehlte also durchaus eine einheitliche urkundlich

---

[1] Vgl. auch für das Folgende bes. Blumer, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts, zweite Ausgabe von Morel, Schaffhausen 1877, Basel 1880—87, Bd. 1 S. 11 ff.

[2] Vincent, State and federal Government in Switzerland S. 20, hält den gemeinsamen Besitz unterworfenen Landes (der Gemeinen Vogteien S. 17) für das einzige einigende Band.

normierte Bundesgewalt und eine Spitze der Eidgenossenschaft. Die Unzulänglichkeit dieser alten schweizerischen Verfassung erkennt auch ein Verfassungsentwurf an, der im Jahre 1799 unter dem Eindruck der um die Wende des Jahrhunderts eingetretenen Ereignisse angefertigt wurde und in dem es heisst: „Die verschiedenen Staaten waren nur durch gewisse, mehr oder weniger ausgedehnte Bündnisse, durch die Erinnerung gemeinschaftlich geführter Kriege und durch einige gemeinsame Besitzungen zusammengehalten. Die Einheit der Eidgenossenschaft selbst gegen das Ausland existierte im Grunde mehr in der Idee als in der Wirklichkeit, weil sie durch keine dieselbe handhabende Autorität vorgestellt war".

Dies zeigte sich auch bei dem gewaltsamen Umsturz, der mit dem Einfalle der französischen Armee im Jahre 1798 erfolgte. Am 12. April 1798 wurde die Helvetische Republik proklamiert, eine Nachahmung französischer Verfassungsformen [1]. Die gesetzgebende Gewalt, der Grosse Rat und der Senat, wählten das Vollziehungsdirektorium, das aus fünf Mitgliedern bestand. Dies, unterstützt durch die von ihm ernannten vier Minister, war die eigentliche Regierung der Schweiz. Diese erste helvetische Verfassung versuchte, aus der Eidgenossenschaft einen Einheitsstaat mit blossen Verwaltungsbezirken zu machen. Sie konnte, da sie den besonderen Verhältnissen der Kantone und der geschichtlichen Entwicklung nicht Rechnung trug, nicht von langer Dauer sein.

Napoleon Bonaparte, in Frankreich zur Herrschaft gelangt, erkannte dies an. Er genehmigte im Jahre 1801 einen Entwurf, nach dem die Zentralgewalt von der Kantonalgewalt scharf geschieden und in die Hände der Tagsatzung, des Senates und des Kleinen Rates gelegt wurde. Letzterer, vom Senate aus seiner Mitte gewählt und aus dem Ersten Landammann und vier Räten bestehend, die die verschiedenen Verwaltungszweige unter sich verteilten, hatte die Vollziehungsgewalt. Ähnlich bestand nach der zweiten helvetischen

[1] Die erste helvetische Verfassung ist abgedruckt bei Kaiser und Strickler, Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart, gesammelt und dargestellt, Bern 1901, S. 8 ff.

Verfassung vom 25. Mai 1802[1]) die Exekutive aus einem Vollziehungsrat, den der Landammann und zwei Landstatthalter bildeten.

Die Vermittlungsakte[2]) vom 19. Februar 1803, die Bonaparte der Schweiz gab, stand wieder ganz auf dem Boden des Föderalismus. Die Schweiz blieb nicht mehr ein in Kantone abgeteilter Einheitsstaat — nach der ersten helvetischen Verfassung waren die obersten Kantonalbehörden Regierungsstatthalter und Organe des Vollziehungsdirektoriums —, sondern sie bestand wieder aus souveränen Kantonen, die ihre eigenen Verfassungen hatten. Die starke Hand Napoleons machte eine streng einheitliche Exekutivgewalt des Bundes entbehrlich. Die Tagsatzung war wieder das einzige Organ der Eidgenossenschaft, dessen Präsident der Schultheiss bzw. Bürgermeister des wechselnden Vorortes (canton directeur) war und der zugleich als Haupt der Eidgenossenschaft den alten Titel Landammann führte. Seine Befugnisse waren jedoch bei dem steten Wechsel des Vorortes nicht sehr bedeutend. Er vertrat die Schweiz nach aussen hin, wahrte den Kantonen gegenüber die Rechte des Bundes und führte die eidgenössischen Geschäfte allein oder mit seiner Kantonsregierung[3]).

Nach dem Sturze Napoleons erfolgte die endgültige Regelung der Schweizer Angelegenheiten durch den Wiener Kongress. In dem Bundesvertrage vom Jahre 1815[4]) wurde ausser der Regelung der Gebietsverhältnisse die Unabhängigkeit der Kantone festgestellt. Die Tagsatzung blieb bestehen und bildete

---

[1]) Kaiser-Strickler, Texte S. 99 ff. (Art. 47 ff.).

[2]) Kaiser-Strickler, Texte S. 115 ff.

[3]) Artikel 16 der Mediationsakte: Der Schultheiss oder Bürgermeister des Direktorialkantons verbindet mit seinem Titel denjenigen eines Landammanns der Schweiz; er hat das Siegel der helvetischen Republik in Verwahrung; er kann sich nicht aus der Stadt entfernen. Der Grosse Rat seines Kantons setzt ihm einen besonderen Gehalt aus und bestreitet die mit der obrigkeitlichen Würde (magistrature) verbundenen ausserordentlichen Ausgaben. Vgl. über diese Zeit auch Joh. v. Müllers Geschichten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, fortgesetzt von Monnard, Zürich 1848—53, Bd. 13 ff.

[4]) Abgedruckt bei Snell, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1839, Bd. 1 S. 5 ff., und Fleischmann, Völkerrechtsquellen, Halle 1905, S. 13, 22.

mit dem Landammanne und den als eidgenössischer Staatsrat fungierenden Gliedern der Regierung des Direktorialkantons die Zentralbundesgewalt; von der Befugnis, zur Besorgung wichtiger Bundesangelegenheiten sechs eidgenössische Repräsentanten aufzustellen, hat die Tagsatzung keinen Gebrauch gemacht.

Rechtlich charakterisiert sich die Schweiz nach dem Bundesvertrage als ein Staatenbund. Erst allmählich nach manchen Kämpfen und kantonalen Aufständen und Streitigkeiten, die hauptsächlich durch die französische Julirevolution von 1830 veranlasst wurden, und ferner nach einem zeitgemässen aber wieder fallen gelassenen Versuche, den Bundesvertrag zu reformieren, entwickelte sich die Eidgenossenschaft weiter zu einem Bundesstaate. Durch die Bundesreform vom Jahre 1848 [1]) wurde die Tagsatzung verdrängt und das Zweikammersystem nach nordamerikanischem Vorbilde eingeführt. Als vollziehende Behörde wurde der von den beiden Kammern gemeinschaftlich zu wählende Bundesrat aufgestellt, dessen Vorsitzender der Bundespräsident war.

Die jetzt geltende Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 [2]) trifft bezüglich der Spitze der Republik dieselben Bestimmungen. Die Verfassungsänderungen seit 1848 (Partialrevisionen von 1865/66, 1879—98) [3]) kommen hier nicht in Betracht.

2. Die Kantone waren zunächst Teile verschiedener Länder und von verschiedenen Herren abhängig. Soweit sie schon zur Eidgenossenschaft gehörten, bezeichneten sie sich noch zu Beginn des 16. Jahrhunderts als Glieder des Reiches. Die schon damals längst vollzogene Trennung vom Reiche und die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft wurde nach dem dreissig-

---

[1]) Bundesverfassung vom 12. September 1848, bes. Art. 83 ff. (Kaiser-Strickler, Texte S. 271 ff.).

[2]) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung von Schollenberger, Berlin 1905. Sie ist auch in der unten erwähnten amtlichen Sammlung der Bundesverfassung und der Kantonsverfassungen enthalten und in der Reclamschen Universalbibliothek erschienen.

[3]) Kaiser-Strickler S. 348 ff.; Supplemente I—X zu der erwähnten Sammlung.

jährigen Kriege im Frieden von Osnabrück 1648 auch rechtlich anerkannt. Der ursprüngliche Bund der drei Waldstätte, der Bund der acht alten Orte und der der dreizehn Orte charakterisieren sich als Staatenbünde, während die fünfundzwanzig Kantone, aus denen jetzt die Eidgenossenschaft besteht, einen Bundesstaat bilden.

Für die einzelnen Kantone als verhältnismässig kleine Staatswesen ist es erklärlich, dass sie, auch als sie noch nominell unter monarchischer Oberhoheit standen, tatsächlich republikanisch regiert werden konnten, indem ohne sichtbare Veränderung der Staatsform die eigentliche Staatsgewalt allmählich von dem abwesenden Monarchen auf eine demokratische oder aristokratische Herrschaft überging. Selbst in dem Fürstentume Neuenburg bestanden bis in die neueste Zeit monarchische, ständische und republikanische Einrichtungen nebeneinander, obwohl der König von Preussen staatsrechtlich Souverän Neuenburgs war [1]). Heute sind die Kantone sämtlich Republiken. Der Bund übernimmt die Gewährleistung für ihre Verfassungen, „insofern sie die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen sichern" (Bundesverfassung Art. 6), ebenso wie die Verfassung der Vereinigten Staaten (IV 4) bestimmt „The United States shall guaranty to every State in this union a republican form of government". Eine aristokratische Regierungsform war in der Schweiz schon im Entwurfe vom Jahre 1833 ausgeschlossen [2]). Die innere staatsrechtliche Organisation der einzelnen Kantone ist mithin kaum heftigen Schwankungen ausgesetzt gewesen und entsprechend hat die Spitze dieser Staatswesen keine bedeutenden Wandlungen durchgemacht. Sie hat schon frühzeitig ihre jetzige kollegiale Form erhalten. Und zwar geschah dies, ebenso wie bei den deutschen Freien Städten, unter dem Einflusse besonderer Verhältnisse dieser Freistaaten, zumal ihres streng ausgeprägten demokratischen Charakters und ihres beschränkten Gebietsumfanges, beides Umstände, die eine

---

[1]) Bis zum Vertrage vom 26. Mai 1857 (Fleischmann, Völkerrechtsquellen S. 61).

[2]) „Kein Vorrecht der Geburt, der Personen oder Familien", Blumer-Morel, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts Bd. 1 S. 186.

aktive Teilnahme des Volkes an der Regierung vor der Herrschaft einer Einzelperson begünstigten.

Die Kantone sind mit dem Datum der jetzt geltenden Verfassungen, in der Reihenfolge, wie sie im Art. 1 der Bundesverfassung aufgezählt sind: Zürich (18. April 1869), Bern (4. Juni 1893), Luzern (28. Februar 1875), Uri (6. Mai 1888), Schwyz (23. Oktober 1898), Unterwalden ob dem Wald (27. April 1902), Unterwalden nid dem Wald (2. April 1877), Glarus (22. Mai 1887), Zug (31. Januar 1894), Freiburg (7. Mai 1857), Solothurn (23. Oktober 1887), Basel Stadt (2. Dezember 1889), Basel Landschaft (4. April 1892), Schaffhausen (24. März 1876), Appenzell Ausser-Rhoden (15. Oktober 1876), Appenzell Inner-Rhoden (24. November 1872), St. Gallen (16. November 1890), Graubünden (2. Oktober 1892), Aargau (28. April 1885), Thurgau (28. Februar 1869), Tessin (2. Juli 1892), Waadt (1. März 1885), Wallis (26. November 1875), Neuenburg (21. November 1858), Genf (24. Mai 1847)[1]).

[1]) Es besteht eine amtliche Ausgabe der Kantonsverfassungen: Sammlung enthaltend die Bundesverfassung und die in Kraft bestehenden Kantonsverfassungen, mit den bis 15. August 1891 vorgekommenen Abänderungen, im Auftrage des Schweiz. Bundesrats von der Bundeskanzlei herausgegeben, Bern 1891. Die seit 1891 angenommenen neuen Verfassungen und Abänderungen sind in den Supplementen I—X (Jahrgänge 1892 bis 1905) enthalten. Von den Abänderungen einzelner Verfassungsartikel kommen hier nur in Betracht die vom 26. Februar 1899 (Zürich), 1. Dezember 1904 (Luzern), 11. Juli 1904 (Aargau) und 18. Juli 1904 (Tessin), die über Organisation und Wahl der Vollziehungsbehörde Bestimmungen treffen. Bis zum Jahre 1880 reicht die Sammlung der Bundesverfassung und der auf 1. Jänner 1880 in Kraft bestehenden Kantonsverfassungen, Amtliche Ausgabe, Bern 1880; bis 1864: Heimann, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die Staatsverfassungen der Kantone, Nidau 1864 (jedoch nur in deutscher Sprache, während die amtliche Ausgabe die Verfassungen in der betreffenden Landessprache und die italienischen Texte noch ausserdem in deutscher und französischer Übersetzung bringt). Dareste, Constitutions modernes Bd. 1, gibt in französischer Sprache Verfassungen Berns (S. 518 ff.), Appenzells A. R. (S. 547 ff.) und Genfs (S. 579 ff.); de Claparède, La constitution et les lois constitutionnelles de la République et Canton de Genève 1888. Wegen der Daten vgl. auch Dareste a. a. O. S. 516 ff. und von Salis, Schweizerisches Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrats und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, im Auftrage des Schweizerischen Bundesrats bearbeitet, 2. Aufl., Bern 1903, Bd. 1 S. 201 ff.

3. In den drei deutschen Freien Städten vollzog sich die Entwicklung der Spitze im Rahmen des Kommunallebens. Die kommunalen Organe versehen in diesen Stadtstaaten zugleich staatliche Funktionen [1]). Ebenso bedurfte es bei der Entwicklung dieser Gemeinwesen zu selbständigen Staaten nicht der Schaffung besonderer staatlicher Organe. An der Spitze stand von jeher, nach der Organisation der Städte überhaupt, ein Kollegium, innerhalb dessen ein oder einige [2]) Personen hervorragten, als Bürgermeister den Vorsitz dieses Rates oder Senates hatten und teils mit teils ohne Mitwirkung der Senatoren die Verwaltung führten. Die Staatsform war lange Zeit aristokratisch, indem der sich selbst ergänzende Rat allein die Herrschaft inne hatte. Dann aber erlangte, oft erst nach vielen Kämpfen, auch die Bürgerschaft Anteil an der Staatsgewalt und verfassungsmässige Festlegung ihrer Rechte in den sog. Rezessen. Je nachdem war auch die Stellung des Senates verschieden. Die Eigenschaft als alleiniger unumschränkter Innehaber der Staatsgewalt hat dies Kollegium verloren, doch besitzt es der Bürgerschaft gegenüber noch immer eine derart bevorrechtigte Stellung, dass der Senat der Hansestädte als allein berechtigter, allerdings durch die Rechte der Bürgerschaft beschränkter Innehaber der Staatsgewalt erscheint, der nicht nur Funktionen einer obersten Verwaltungsbehörde wahrzunehmen hat.

Die erste moderne Verfassung Lübecks — nach Konkordaten zwischen Rat und Bürgerschaft von 1416, 1534, 1535, dem Rezesse von 1665 und dem Hauptrezesse vom 9. Juli 1669 — datiert vom 8. April 1848. Eine neue Verfassung vom 29. Dezember 1851 wurde im Jahre 1875 revidiert, um sie mit

---

[1]) Sievers, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Bremen (Marquardsens Handbuch), Freiburg und Tübingen 1884, S. 81, 82 Anm. 6, betont, dass für wirkliches staatliches Leben kaum Raum und Inhalt vorhanden sei; nach dem, was im historisch-politischen Sinne den Staat ausmache, suche man vergebens; die Kleinstaaterei zwinge den Juristen vielfach mit leeren Begriffen zu operieren.

[2]) Nach der Verfassung Hamburgs zu Anfang des 18. Jahrhunderts setzte sich der Rat aus vier Bürgermeistern und 24 Senatoren zusammen (v. Melle, Das Hamburgische Staatsrecht, Hamburg und Leipzig 1891, S. 9).

der Verfassung des Deutschen Reiches in Einklang zu bringen[1]); sie trägt in der jetzt geltenden Form das Datum des 7. April 1875.

In Bremen bestanden die alten politischen Einrichtungen auf der Grundlage der Tafel von 1433, der neuen Eintracht von 1534 und der kündigen Rolle von 1489 fast unverändert bis zur Verfassung vom 5. März 1849. Die revidierte Verfassung vom 21. Februar 1854 trägt, mit sieben Grundgesetzen vereinigt und modifiziert, als heute geltendes Grundgesetz das Datum des 17. November 1875. In den Jahren 1879, 1882 und 1884 erfuhr sie verschiedene Abänderungen: eine neue Verfassungsredaktion datiert vom 1. Januar 1894. In den Jahren 1877/78 gestellte Anträge, dem Präsidenten die materielle Leitung zu geben und ihn zur einheitlichen Spitze des Staates zu machen[2]), waren ohne Erfolg.

Hamburg besass nach den Rezessen von 1410, 1529, 1603, 1633 und 1663 in dem Unionsrezesse von 1710 und dem Hauptrezesse vom 15. Oktober 1712 bis zum Jahre 1860 eine Verfassung. Nach dieser war der Senat Mitinhaber der gesetzgebenden und Inhaber der vollziehenden Gewalt; er vertrat den Staat nach aussen hin und hatte eine umfangreiche Jurisdiktion in erster, zweiter und dritter Instanz. Ausserdem hatte er so gut wie ausschliesslich das Recht der gesetzgeberischen Initiative; doch standen zwischen Senat und Bürgerschaft die drei Kirchenkollegien, die nacheinander die der Bürgerschaft zu unterbreitenden Anträge des Senates vorberieten. Die „Verfassung des Freistaates Hamburg“ vom Juli 1849, ein Entwurf der Ende 1848 zusammentretenden Konstituante, gelangte nicht zur Durchführung; hiernach sollte die Bürgerschaft einziger gesetzgebender Körper und der Rat, abgesehen von einem ihm zugestandenen Veto, nur vollziehendes Organ und oberste Verwaltungsbehörde sein; aus der Mitte seiner neun Mitglieder sollten jährlich zwei Bürgermeister gewählt werden. Auch einem Verfassungsentwurfe, der neben der Konstituante be-

[1]) Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung S. 8 Anm. 1, rühmt ihren Text als korrekt, da er nur noch landesrechtliche Sätze enthalte.

[2]) Bollmann, Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht S. 49 Anm. 1.

ratenden Neunerkommission von demselben Jahre, der im Gegensatze zu der Konstituante an der Lebenslänglichkeit des Senatorenamtes festhielt, dagegen die Lebenslänglichkeit der Bürgermeisterwürde und die Selbstergänzung des Senates aufgab, stellten sich Hindernisse entgegen. Es wurde erst am 28. September 1860 eine neue Verfassung veröffentlicht. Sie ist revidiert worden und unter dem Datum des 13. Oktober 1879 in Geltung [1]).

[1]) Ausgaben der geltenden hanseatischen Verfassungen: Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke, herausg. von Binding, Heft X: Verfassungsurkunden für die freien und Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg. Mit allen Abänderungen bis zu den Gesetzen von Mitte 1897, Leipzig 1897 (also nicht mehr ausreichend seit den Verfassungsänderungen in Hamburg 1906, in Lübeck 1899 und 1905); Stoerk, Handbuch der deutschen Verfassungen, Leipzig 1884, S. 571 ff. Zu der geschichtlichen Entwicklung vgl. v. Melle, Das Hamburgische Staatsrecht S. 6—18; Seelig, Hamburgisches Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage, Hamburg 1902, S. 9—15, 52 ff., 73 ff.; Klügmann, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Lübeck; Sievers, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Bremen; Wolffson, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Hamburg (die letzten drei in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, Freiburg und Tübingen 1884); Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 153, 154; Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl., Göttingen 1865, Bd. 1 S. 695 ff.; Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1881, Bd. 1 S. 500 ff.

Die staatsrechtliche Stellung des republikanischen Staatsoberhauptes

§ 3. Organschaft und Staatsbegriff.

I. Wie schon bemerkt, lassen sich die Staatstheorien der neueren allgemeinen Staatslehre in der Hauptsache auf die Streitfrage zurückführen: Hat der Staat eine von der Summe seiner Mitglieder verschiedene Eigenpersönlichkeit, ist er eine Verbandsperson, ein Organismus? Bejaht wird die Frage von der sog. organischen Lehre und der Persönlichkeitstheorie, verneint von der Herrschertheorie, der empirisch-individualistischen Lehre und von der den Staat als ein Rechtsverhältnis auffassenden Theorie.

1. Wenn die organische Lehre auch heutzutage immer mit dem Namen Gierkes verbunden ist, so ist der Gedanke, dass der Staat ein eigenes Lebewesen, ein Organismus sei, doch nicht ganz neu[1]). Schon Platon spricht von dem Staate als einem Menschen im grossen, und Bluntschli[2]), im Anschlusse an die Lehre Rohmers, stellte ihn sich vor als Mann mit den sechzehn Grundkräften des menschlichen Organismus. Diese anthropomorphische Lehre hat in neuerer Zeit Gierke[3]) umgestaltet und sie zu der organischen Theorie, wie sie heute

---

[1]) Über die Entwicklung der organischen Lehre und ihre philosophische Grundlage (Kant) vgl. Loening, Artikel „Staat" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 911 ff.; R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre Bd. I S. 156 ff.; sodann Preuss und Schlossmann in Iherings Jahrb. Bd. 44.

[2]) Vgl. auch seine spätere Auffassung (Lehre vom modernen Staat, 1. Teil: Allgemeine Staatslehre, 5. Auflage, Stuttgart 1875, S. 18, 19).

[3]) Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. 1—3, Berlin 1868—1881; Aufsätze, z. B. in Schmollers Jahrbuch 1883 (Bd. 7).

formuliert zu werden pflegt, entwickelt, die dann weiter noch besonders von Preuss[1]) verfochten und auf den Staatsbegriff angewandt ist. Die organische Lehre hat sowohl für das private wie für das öffentliche Recht zahlreiche Anhänger gefunden, so dass Gierke[2]) „den vollen Durchbruch eines selbständigen Rechtsbegriffes des gemeinheitlichen Organs als des sichtbaren Werkzeuges der unsichtbaren Lebenseinheit des Gemeinwesens in der deutschen Rechtspraxis" feststellen konnte.

Die jetzige organische Theorie geht davon aus, dass nicht alles das, was sei, auch sichtbar und mit den Augen oder Händen ergreifbar sein müsse; dem „geschulten juristischen Geiste" erschlössen sich ganz andere Gebiete. „Hat man je etwa einen Eigentümer, einen Gläubiger oder Schuldner gesehen? Herr Müller, der dies alles sein kann, sieht in allen diesen Eigenschaften ganz gleich aus" [3]). Im besonderen ist dann der Grundgedanke der uns hier interessierenden staatsrechtlichen Lehre der, dass der Staat etwas nicht mit den Augen Wahrnehmbares, nicht die Summe der in ihm vereinigten Staatsbürger, sondern eine über den Einzelwesen stehende Person sei, die dementsprechend auch einen eigenen, von dem der Einzelpersonen verschiedenen Willen habe; von anderen „Verbandspersonen" unterscheide sich der Staat dadurch, dass er Träger der höchsten Herrschergewalt sei. Wie ein physischer Organismus, z. B. eine Pflanze, nicht nur die Summe seiner einzelnen Bestandteile, des Stengels, des Saftes, der Blätter (wie dies der Fall bei einer Maschine sei), sondern auch mit der inneren lebendigen Kraft, sich aus sich selbst weiterzuentwickeln, begabt sei, so sei auch der Staat ein rechtlicher Organismus, entstanden aus der rechtlichen Verbindung organischer Teile.

Da nun der Staat die Fähigkeit haben muss, seinen Willen zu äussern und durchzusetzen, andererseits die Fähigkeit, Ge-

---

[1]) Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889; Das städtische Amtsrecht in Preussen, Berlin 1902; Stellvertretung oder Organschaft? in Iherings Jahrbüchern Bd. 44; Über Organpersönlichkeit in Schmollers Jahrbuch, Leipzig 1902.

[2]) in Iherings Jahrbüchern Bd. 35 S. 221.

[3]) Preuss in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 440.

danken zu fassen und einen Willen zu bilden, nur den mit einem Gehirn begabten physischen Personen zusteht, so kann auch der Staat seinen Willen nur durch den Willen von Individuen bilden. Insofern also die Handlungen von Individuen solche des Staates sind und der Wille des Staates mit dem der diesen Willen bildenden Individuen zusammenfällt, nennt man diese die Organe des Staates. „Unter Staatsorganen sind jene Individuen oder Kollegien zu verstehen, deren Wille berufen ist, innerhalb der gesetzlichen Kompetenzen unmittelbar staatlichen Willen zu erzeugen oder an dem Prozess der Bildung und Vollziehung staatlichen Willens teilzunehmen" [1]). Die betreffenden Organe nehmen für den Staat dessen Funktionen vor [2]). „Wie die Sprachapparate Organe eines Menschen sind, sind die Organe des Staatswillens werkerzeugende Glieder des Gemeinwesens" [3]). Während Stellvertretung, Mandat, Bevollmächtigung die Rechtsverhältnisse zweier gleichgeordneter Personen zueinander bestimmen, setzt die Organschaft grundsätzlich eine Person, die Kollektivperson, voraus, die durch ihre Organperson handelt. Mit grosser Entschiedenheit verwahren sich die Organiker gegen den Vorwurf, einen naturwissenschaftlichen Begriff ohne Berechtigung und Nutzen in das Staatsrecht herübergenommen zu haben: „Der Begriff organischer Entwicklung ist kein spezifisch naturwissenschaftlicher, er gehört zu den Begriffen, welche infolge der schliesslichen Wesenseinheit allen Lebens Gemeingut aller Wissenschaften sein müssen, deren Gegenstand irgend eine Gestaltung des Lebens ist" [4]). So wird denn die Organschaft auch als Rechtsbegriff in Anspruch genommen; Preuss [5]) spricht sogar von organschaftlichen und individualrechtlichen Vertretungsverhältnissen.

---

[1]) Jellinek, Über Staatsfragmente, Festgabe S. 275.

[2]) Vgl. auch Haenel, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 75 ff., und Haenel, Studien zum deutschen Staatsrechte, Leipzig 1880, Bd. 2 S. 266; Gierke in Schmollers Jahrbuch Bd. 7, 1883, S. 1139.

[3]) Gareis, Allgemeines Staatsrecht (Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1), Freiburg 1883, S. 35.

[4]) Preuss, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften S. 35.

[5]) Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 433.

2. Dieser Theorie verwandt ist die von Laband und Jellinek vertretene Persönlichkeitstheorie. Auch nach ihr ist der Staat eine reale Einheit, ein Rechtssubjekt, eine juristische Person und unter den Begriff der Körperschaft zu rechnen. Laband[1]) definiert: „Staat ist organisierte Einheit, eine Person, kein Rechtsverhältnis“; Jellinek[2]): „Als Rechtsbegriff ist der Staat die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines sesshaften Volkes oder mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft“; Esmein[3]): L'État est la personnification juridique d'une nation“. Die organische Lehre und die Persönlichkeitstheorie stehen also in einem Verhältnis zueinander. Preuss[4]) bezeichnet sogar den Begriff der Organschaft als mit einer bestimmten Lehre von der juristischen Person, nämlich der organischen, absolut identisch, protestiert aber dagegen, Laband als den leitenden Vertreter der anorganischen individualistischen Persönlichkeitstheorie trotz seiner organischen Ausdrucksweise, andererseits Jellinek und Bernatzik[5]) unter die Organiker zu rechnen[6]). Demgegenüber behauptet Lingg[7]), die Identität der beiden Theorien nachgewiesen zu haben.

Wie dem auch sei, beide Theorien haben jedenfalls das Gemeinsame, dass sie den Staat als selbständiges Lebewesen, als einen Organismus oder als eine juristische Person auffassen, und da fragt es sich naturgemäss zunächst, ob es nötig ist, diesen Begriff einer nicht individuellen Persönlichkeit zur Erfassung des Staatsbegriffs einzuführen und dann, ob sich dieser Begriff rechtlich stützen lässt. Den Staat als ein Eigenwesen anzunehmen, hat allerdings von vornherein etwas Bestechendes durch die Einfachheit, mit der staatliche Beziehungen

---

[1]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901, Bd. 1 S. 53.

[2]) Das Recht des modernen Staates, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre S. 176.

[3]) Éléments de droit constitutionnel S. 1.

[4]) Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 430.

[5]) Vgl. Bernatzik, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, Freiburg 1890 (auch im Archiv für öffentliches Recht Bd. 5).

[6]) Vgl. auch Labands Kritik von Preuss' Städt. Amtsrecht im Archiv für öff. Recht Bd. 18 S. 75.

[7]) Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, 1902.

wie das Staatseigentum und das Verhältnis des Staates zum Beamten sich erklären lassen würden.

3. M. E. ist mit Hilfe der organischen Lehre der Staatsbegriff und das Verhältnis des Oberhauptes zum Staate nicht befriedigend zu konstruieren. Wie Schlossmann[1]) richtig bemerkt, wird wohl jeder, der zuerst von der organischen Lehre Kenntnis nimmt, zunächst nicht anders glauben, als hier einen Vergleich vor sich zu haben, durch den das Wesen und die Stellung der zur Wirksamkeit für den Staat verfassungsmässig bestellten Personen verdeutlicht werden soll. So wird eine Zeitung als „das Organ einer Partei bezeichnet, in dem Sinne, dass sie das Sprachrohr ihrer Ansichten ist. Wie von vornherein festgestellt sein mag, steht einer Anwendung des Organbegriffes in diesem Sinne nichts entgegen, und es wird auch hier die Organschaft als allgemeiner Begriff für das Handeln einer Person (Personenmehrheit) für eine Personengesamtheit, deren Mitglied sie ist, gebraucht werden, ohne Rücksicht auf das dieser Beziehung zugrunde liegende Rechtsverhältnis[2]).

Nun behauptet die organische Lehre, dass die Organschaft ein Rechtsbegriff sei. In den rechtlichen Beziehungen zwischen Organ und Verbandsperson sieht die Theorie das unterscheidende Merkmal zwischen rechtlichem und physischem Organismus. Der Einwand Linggs[3]), dass der Staat keine eigene Willensfähigkeit haben könne, da er kein Gehirn habe, ist deshalb nicht berechtigt, weil die Organiker für die Willensbildung die Funktion des Gehirns durch die anderer Organe ersetzen[4]). Dennoch beruht die Annahme einer unsichtbaren, über den Einzelpersonen stehenden und aus ihnen zusammengesetzten organischen Ein-

---

[1]) in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 292.

[2]) Heilborn, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896, S. 170, bemerkt, dass jeder das Wort Staatsorgan in einem besonderen Sinne gebrauchen dürfe, unter der Voraussetzung einer vorherigen Aufklärung über die Bedeutung und einer das Sprachgefühl nicht verletzenden konsequenten Anwendung. Affolter, Studien zum Staatsbegriffe (im Archiv für öff. Recht Bd. 17 S. 97), ist gegen obige Terminologie.

[3]) Empirische Untersuchungen zur allgem. Staatslehre, 1902, S. 121, 160.

[4]) Br. Schmidt, Der Staat, Leipzig 1896, S. 45.

heit auf einer „transzendenten, jenseits der wissenschaftlichen Erkenntnis liegenden Voraussetzung“ [1]).

Sie ist durch nichts bewiesen, denn es ist ungerechtfertigt, aus dem Handeln einer Einzelperson für eine Personengemeinschaft, also den angeblichen Wirkungen der Organschaft, ohne weiteres auf das Vorhandensein einer Verbandsperson, wie sie die organische Theorie auffasst, zu schliessen. Es ist ja wahr, dass die Merkmale und die Mittel, an oder mit denen wir die Erscheinungen erkennen, mannigfaltig sind. Unserer Erkenntnis zugänglich sind jedoch nur die mit den Sinnen wahrnehmbaren Gegenstände und die Vorgänge des Selbstbewusstseins [2]). Für die Erkenntnis eines angeblich vorhandenen unsichtbaren Lebewesens existiert kein Organ, und deshalb ist die Annahme eines solchen wissenschaftlich nicht begründet. Es ist allerdings einem Individuum die Gläubiger- oder Schuldnereigenschaft nicht anzusehen, und es brauchte ebensowenig die Organeigenschaft sichtbar zu sein. Gläubiger bzw. Schuldner sein bedeutet nichts anderes, als in einem entsprechenden Rechtsverhältnisse zu einer Person stehen. Diese Eigenschaft ist freilich äusserlich nicht sichtbar, wir erkennen sie höchstens etwa an dem Vorhandensein einer den einen Teil verpflichtenden und den anderen Teil berechtigenden Schuldurkunde oder weil wir vielleicht die Parteien einen entsprechenden Vertrag haben abschliessen hören. Beamter zu sein heisst ebenso, dass die Persönlichkeit dieses Individuums durch Rechtsbeziehungen qualifiziert wird, die in ihrer Gesamtheit für das Beamtenverhältnis begriffswesentlich sind. Dementsprechend würde die Eigenschaft als Organ dann vorhanden sein, wenn die Beziehungen, in denen das sogenannte Organ zu der sogenannten Verbandsperson steht, organische sind und in ihrer Gesamtheit als Organschaft bezeichnet werden können. Genügend für die Benennung als Gläubiger, Schuldner, Eigentümer, Beamter, Organ ist mithin das Vorhandensein eines entsprechenden Rechtsverhältnisses. Für die Begriffsbildung darf aber nicht

---

[1]) Loening im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 914; Schlossmann, Organ und Stellvertreter, in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 314, spricht sogar von einem „ungesunden Mystizismus“.

[2]) Loening a. a. O.

die Folgerung umgekehrt werden. Das Vorliegen eines Eigentumsverhältnisses ist die Folge der Existenz einer Eigentümer genannten Person und einer dieser gehörigen Sache. Ohne diese beiden Substrate besteht kein Eigentumsverhältnis und folglich kann dann auch nicht auf die Existenz der Person oder Sache geschlossen werden. Wir nennen vielmehr eine Person, die zu einer Sache in einem bestimmten Verhältnisse steht, den Eigentümer dieser Sache und danach das Rechtsverhältnis Eigentum. So setzt auch der Gebrauch des Organbegriffes die Existenz der organischen Verbandsperson voraus, nicht kann aus den Beziehungen zwischen Einzelperson und Personengemeinschaft, wie Staatsoberhaupt und Staat, geschlossen werden, dass letztere eine organische Gesamtperson ist. Ebensowenig dürfen diese Beziehungen organische genannt werden, denn es ist, wie gesagt, die Existenz einer Verbandsperson als eines einheitlichen unsichtbaren Lebewesens nicht zu beweisen.

Die Bezeichnung des Staates als Organismus reicht nicht aus, diesen Begriff befriedigend zu erschöpfen. Es ist auch abzulehnen, das republikanische Staatshaupt ein Organ im Sinne der organischen Lehre zu nennen. Der Staatsbegriff ist nun anderweitig zu bestimmen, derart, dass die der menschlichen Erkenntnis gezogene Grenze nicht überschritten wird.

4. Jedenfalls stellt der Staat eine Einheit dar. Dies berücksichtigt nicht genügend die Theorie, die den Staat als ein Rechtsverhältnis auffasst[1]). Trotz des Bestehens unzähliger Rechtsverhältnisse zwischen den den Staat bildenden herrschenden und beherrschten Personen kann man zwar eine gewisse Einheitlichkeit in der Identität der Beziehungen zwischen Herrscher und Beherrschten finden[2]). Spricht man aber von Staatseigentum, Beamtenernennung, Staatsverträgen, so kommt als der eine Faktor dieser Rechtsverhältnisse doch immer nur die betreffende handelnde Person oder der von ihr repräsentierte herrschende Teil des Staatsganzen in Betracht; denn ein Rechtsverhältnis kann nicht mit Personen, Sachen und anderen Rechtsverhältnissen im Rechtsverhältnisse stehen. Ausserdem fehlt

[1]) Sie wird von Loening, Artikel „Staat“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 907 ff., vertreten.

[2]) Loening a. a. O. S. 911.

eine Rechtsmacht, die über dem Staate steht und die für die Annahme eines Rechtsverhältnisses zur Regelung seiner Normen unbedingt notwendig ist[1]).

5. Die Herrscher- oder Machttheorie vermeidet die Inkonsequenz, dass der Staat zwar Rechtsverhältnis zwischen Herrscher und Beherrschten ist, aber dass als Staat nur der Herrscher handelnd auftritt, indem sie nur auf das herrschende Glied Rücksicht nimmt. Nach ihr ist der Staat die souveräne Herrschaft über Land und Leute; die Tatsache der Herrschaft über die Herrschaftsobjekte wird ähnlich Staat genannt, wie im Privatrechte eine Sache Eigentum genannt wird, wenn sie einen Herrn, Eigentümer, hat. Von ihren beiden Hauptvertretern bezeichnet Bornhak[2]) den Staat als das Subjekt, Seydel[3]) als das Objekt der Herrschaft. Wenn aus dem Satze, die Einheit des Staates verkörpere sich in dem den Staat darstellenden Herrscher, gefolgert wird, es müsse sich beim Wechsel des Herrschers auch jedesmal der Staat verändern und beim Tode des absoluten Herrschers gehe der Staat überhaupt unter, so kann diesem Vorwurfe wieder mit dem Hinweise auf die Identität des Rechtsverhältnisses des Herrschers (Staates) zu den Beherrschten begegnet werden. Damit wird aber auch gleichzeitig der Hauptfehler dieser Theorie gefunden. Sie vernachlässigt nämlich für den Staatsbegriff das dem Staate in dem von ihr nicht geleugneten Rechtsverhältnisse gegenüberstehende Glied. Die Lehre widerstreitet vollkommen den heutigen Anschauungen vom Staate. Wenn Staat und herrschender Faktor identisch sind, dann hat dieser Herrscher keine Rechtsmacht über sich, er ist selbst Rechtsordnung. Die Nichtherrschenden — die Gegenüberstellung beider Kategorien hat zur Folge, dass es immer solche geben muss — wären dann rechtlos. Die ausschliessliche Betonung des Merkmals der Macht ist überhaupt anfechtbar; sie berücksichtigt nicht die Tatsache, dass eine Herrschaft, besonders die einer Einzelperson, sich nur dann halten kann, wenn sie von den Be-

[1]) Jellinek, Das Recht des modernen Staates Bd. 1 S. 161.

[2]) Allgemeine Staatslehre; Preussisches Staatsrecht, Freiburg 1888, Bd. 1 S. 63.

[3]) Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873.

herrschten in dem Bewusstsein ihrer Legitimität oder ihrer Notwendigkeit ertragen wird[1]. Eine Republik ist dann erst Staat, wenn eine rechtliche Organisation, ein sich aus der Eigenschaft als Gemeinwesen ohnehin ergebendes Erfordernis[2], vorhanden ist, und aus der Rechtsordnung folgt auch die gewaltsame Durchsetzung der Rechtsnormen. Allerdings gibt es keinen Faktor, der stärker als der Herrscher, das Gesamtstaatsvolk, wäre und ihn zur Beobachtung von Gesetzen anhalten könnte. Die Verfassung einer Republik ist eine Summe von Normen, die das souveräne Volk allein und sich selbst gesetzt hat und die es daher jeden Augenblick abändern oder aufheben kann[3]. Wie wenig klar die Herrschertheorie ferner den Staatsbegriff aus den vorhandenen Substraten bestimmen kann, zeigt die Folgerung, dass für den Herrscher der Staat das Objekt der Herrschaft ist, und dass derjenige, der die staatliche Gewalt aus eigenem Recht inne hat, eben selbst der Staat ist[4]. Sowenig wie Eigentum und Eigentümer gleiche Begriffe sind, sind Herrscher und Staat identisch.

Als eine Machttheorie besonderer Art sei noch angeführt die Ansicht Duguits[5], der den Staat, ohne jedes rechtliche Merkmal, als die Unterdrückung der Schwachen durch die Starken bezeichnet.

Eine Art Mittelstellung zwischen der Rechtsverhältnis- und der Herrschertheorie nimmt die von Lingg[6] vertretene empirisch-individualistische Lehre ein. Nach dieser ist der Staat der Zustand der Beherrschung. Doch auch sie befriedigt nicht, da sie die an den beiden angeführten Theorien gerügten Fehler besitzt.

6. Es ist oben schon festgestellt worden, dass Gebiet und Volk zwei Begriffsmerkmale des Staates sind, ihre Nebenein-

---

[1] Loening a. a. O. S. 911.

[2] Brie, Theorie der Staatenverbindungen, Stuttgart 1886, S. 7.

[3] Vgl. auch Foster, Commentaries Bd. 1 S. 1: „The legislative lion will not be entangled in the meshes of a logical net . . . The idea of binding legislators by oaths is puerile".

[4] Bornhak, Allgemeine Staatslehre S. 8.

[5] L'État, les gouvernants et les agents S. 1.

[6] Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre.

anderstellung jedoch nicht zur Bestimmung des Staatsbegriffes genügt. Das Gebiet bleibt bei allen auf einem bestimmten Gebiete ansässigen Personengemeinschaften, die durch den Gesamtwillen das Gebiet beherrschen und die sämtliche, aber grundsätzlich auch nur diese, auf dem Gebiete ansässigen Individuen umfassen (Gebietskörperschaften), wie Stadtgemeinde, Provinzialverband, Staat, ein unveränderlicher Begriff. Es zeigt selbstverständlich bei der Umwandlung eines Verwaltungsbezirkes in einen Staat keine Veränderung. Auch die Tatsache, dass der Gebietsumfang von Staat, Provinz und Stadt gleich sein kann, zeigt, dass bezüglich des Begriffsmerkmales des Gebietes dessen Vorhandensein genügt. Die Untersuchung nach weiteren Merkmalen wird sich also auf die Personengemeinschaft innerhalb des Begriffes der Gebietskörperschaft beziehen müssen.

Von anderen Personenmehrheiten wie dem keinen Staat bildenden Volksstamme und der sich über mehrere Staaten hinerstreckenden oder ein Bruchstück des Staates umfassenden Nation unterscheiden sich Gebietskörperschaften dadurch, dass in ihnen rechtliche Beziehungen bestehen, die die Einzelpersonen zu einer rechtlichen, jedoch wie ausgeführt, nicht organischen Einheit zusammenfassen. Dies geschieht zur Erreichung von Zielen, die den Interessen einer solchen Gemeinschaft dienen und auch nur von ihr erreicht werden können. Die Stellung jeder Einzelperson innerhalb dieser Gemeinschaft ist rechtlich normiert. So bestimmt sich der Status eines Staatsbürgers nach der Verfassung, der eines Beamten nach den betreffenden Gesetzen bzw. einem geschlossenen Dienstvertrage.

Es ist aber nicht nur die Stellung jeder Einzelperson innerhalb des Staatsganzen rechtlich bestimmt, sondern dies Staatsganze tritt auch selbst als Einheit in die Erscheinung. Und zwar tut es dies nicht nur[1]), wenn es unter seinesgleichen anderen Staaten gegenüber Subjekt des völkerrechtlichen Verkehrs ist, sondern es stellt auch nach innen hin den einzelnen

[1]) Wie Affolter, Studien zum Staatsbegriffe (Archiv für öff. Recht, 1902, Bd. 17 S. 130), und Staat und Recht, Versuche über allgemeines Staatsrecht (Annalen des Deutschen Reiches, 1903, S. 59, 66, 67), meint.

Staatsbürgern gegenüber eine Einheit dar. Wenn der Staatsbeamte vom Staate angestellt wird, so sind es nicht nur die anderen Staatsbürger mit Ausnahme des Anzustellenden, die die Ernennung vollziehen, sondern dieser ist selbst aktiv als Staatsbürger bei seiner Ernennung beteiligt. Und das republikanische Staatshaupt, das in seinen Funktionen als solches dem Volke gegenübersteht, findet ebenfalls im Parlamente seine Vertretung. Hier interessiert natürlich gerade dieses letztere Problem des inneren Staatsrechts, die Frage nach den Beziehungen des Staates zu seinen eigenen Mitgliedern.

7. Personengemeinschaften, die im Rechtsleben sowohl nach aussen wie nach innen als Einheiten auftreten und in ihrer Gesamtheit rechtswirksam berechtigt und verpflichtet werden, nennt die Rechtswissenschaft juristische Personen. Dieser Begriff ist insoweit durchaus gerechtfertigt, als er nicht ein eigenes selbständiges organisches Leben und eigenen selbständigen Willen voraussetzt und verlangt. Der Wille, der als der Wille der juristischen Person bezeichnet wird, ist der Wille von Individualpersonen. Und zwar ist er entweder der übereinstimmende Wille aller oder der Mehrheit der die juristische Person bildenden Einzelpersonen oder der Wille nur einer bzw. weniger Einzelpersonen, denen satzungs- oder verfassungsgemäss eine entsprechende Fähigkeit, Willen für die Gesamtperson bilden, beigelegt ist. Diese Einzelpersonen und Personenmehrheiten sind, insofern ihr Wille für die Gesamtheit bindend ist und daher als der Wille der juristischen Person gelten kann, in dem oben festgestellten, der organischen Theorie gegenüber unverbindlichen Sinne[1]) Organe der juristischen Person. Der als Staatswille geäusserte Wille ist nicht der durch Organe geäusserte Wille eines selbständigen mit eigenem Willen begabten Wesens, sondern er ist der Wille von Einzelpersonen, die allein innerhalb der Grenzen der menschlichen Erkenntnis der Willensbildung fähig sind und innerhalb ihrer Kompetenz für die Gesamtheit ihren Willen

---

[1]) Die Bezeichnung als Organ verlangt durchaus nicht ein Annehmen der organischen Theorie und eines selbständigen lebendigen Organismus, wie Preuss in Schmollers Jahrbuch, 1902, S. 557 ff., 560, behauptet.

abgeben. In bezug auf Willens- und Handlungsfähigkeit tritt nicht die juristische Person, sondern ihr Organ, nicht der Staat, sondern das Staatsorgan auf[1]. Es ist zwischen Willens- und Handlungsfähigkeit einerseits und Rechtsfähigkeit andererseits zu unterscheiden. Während erstere nur menschlichen Individuen zusteht, sind rechtsfähig auch Personen, die im Rechtssinne nicht willens- und handlungsfähig sind, z. B. Geisteskranke. Die Rechtsfähigkeit kann aber auch von der Rechtsordnung Personengemeinschaften und Anstalten, den juristischen Personen, verliehen werden, gerade so wie auch die Rechtsfähigkeit des Individuums sich auf positives gesetztes Recht gründet. Juristische Personen sind also nicht, wie sie die organische Lehre konstruiert, selbständige Lebewesen, sondern nichts weiter als Körperschaften und Anstalten, die durch einen Rechtssatz rechtsfähig gemacht sind und die dadurch als Einheiten in der Rechtsordnung auftreten können[2].

Der Staat ist nun auch in seiner Gesamtheit rechtsfähig und darum juristische Person. Es ist jedoch weiter zu untersuchen, wodurch er sich von anderen juristischen Personen unterscheidet. Durch das bereits festgestellte Begriffsmerkmal des Gebietes wird zunächst der Kreis enger gezogen; der Staat ist in dem oben bezeichneten Sinne eine Gebietskörperschaft wie die Stadt und der Provinzialverband. Von diesen scheint er sich wiederum dadurch zu unterscheiden, dass er eine höhere Gewalt, ja die höchste, keiner anderen mehr untertane Gewalt, die Souveränität, hat. Wenn eine Gebietskörperschaft, die bis dahin einem Staatsganzen als Teilgebiet, vielleicht als Provinz

---

[1]) Vgl. Affolter im Archiv für öffentliches Recht, 1902, S. 130, 131.

[2]) Bernatzik, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, wirft (S. 20) der organischen Staatstheorie vor, sich mit der blossen Erkenntnis, dass der Staat ein Organismus sei, begnügt und durch diesen Begriff sich vor der „niederen Jurisprudenz“ und der Persönlichkeitslehre für bevorzugt gehalten zu haben; S. 108 ff. dagegen schreibt er auch dem menschlichen Verbandsorganismus ein „Leben“ zu, da er ebenso wie der physische Organismus eine Zweckeinheit sei; „im Gebiete des Verbandslebens fallen die Begriffe Persönlichkeit und Organismus völlig zusammen“. Man sieht, wie notwendig eine Feststellung dieser Begriffe ist; es ist oben das Wort Organismus immer nur im Sinne der organischen Lehre gebraucht, während der Organbegriff heute auch in weiterem Sinne allgemein angewandt wird.

oder Kolonie gegenüberstand, zu einem Staate sich entwickelt, so heisst es, sie hat ihre Selbständigkeit gewonnen, sich unabhängig gemacht.

8. Dem Souveränitätsbegriffe ist in neuerer Zeit im Zusammenhange mit dem Bundesstaatsbegriffe, den festzustellen sich die Wissenschaft schon seit dem westfälischen Frieden bemüht hat[1]) und um den von neuem seit Gründung des deutschen Reiches Streit entstanden ist, erneute Aufmerksamkeit zugewandt worden. Bodin[2]), der Begründer der Souveränitätslehre, erklärt die Souveränität für die höchste dauernde, eigene, von den Gesetzen entbundene Gewalt über die Untertanen. Dazu ist zu sagen, dass heute auch diese höchste Gewalt sich in rechtlichen Grenzen bewegen muss, wenn auch diese Grenzen, wie bereits bemerkt, von dem Souverän beliebig verändert werden können; die Rechtswissenschaft berücksichtigt rein tatsächliche, aber nicht rechtliche, Abhängigkeitsverhältnisse nicht. Rosin[3]) stellt daher als den positiven Begriff der Souveränität diejenige Rechtsstellung einer Persönlichkeit fest, vermöge deren sie auf Grund des bestehenden Rechts durch den Willen keiner anderen Persönlichkeit rechtlich bestimmt werden kann. Die Lehre von der geteilten Souveränität ist zu verwerfen. Denn wenn es auch möglich ist, dass eine Gewalt in manchen Beziehungen die oberste ist, in manchen aber nicht, so ist doch die Souveränität als ein absoluter Begriff nicht teilbar; der Staat, der einem anderen Staate für immer einen Teil seiner Gewalt abgegeben hat, besitzt nicht mehr die höchste Gewalt

---

[1]) Brie, Geschichte der Lehre vom Bundesstaate, Leipzig 1874, S. 5.

[2]) Vgl. Hancke, Bodin, eine Studie über den Begriff der Souveränität, Breslau 1894, S. 9; Dock, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen, Strassburg 1897, S. 5; Landmann, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau, Leipzig 1896.

[3]) Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S. 4 ff. (Annalen 1883); er leitet Souveränität aus den Begriffen „Macht" und „Höchsten" her. Vgl. auch die Definition bei Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882, S. 34; Br. Schmidt, Der Staat S. 60; Anschütz in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 2 S. 469: Souveränität ist die Unabhängigkeit des Staates von Mächten, die über und ausser ihm stehen. Über diese Materie ferner Jellinek, Allgem. Staatslehre (2. Aufl.) S. 421 ff.

schlechthin. Hiernach gibt es sowohl souveräne wie nicht souveräne Staaten. Zu letzteren gehören die sog. halbsouveränen Staaten und die Einzelstaaten eines Bundesstaates. Ihre Kompetenz ist durch die anderer Staaten beschränkt, doch ist ihr Charakter als Staaten meist unbestritten. Insbesondere werden die Gliedstaaten der nordamerikanischen Union und die Kantone der Schweizerischen Eidgenossenschaft durchweg als Staaten, Republiken, anerkannt, während wie erwähnt (S. 24), der Staatscharakter der Glieder der südamerikanischen Bundesstaaten oft schwer zu bestimmen ist. Die Souveränität kann jedenfalls nicht als Begriffsmerkmal des Staates verwertet werden [1]).

9. Der Unterschied des Staates von anderen Gebietskörperschaften (Kommunalverbänden) kann also in bezug auf den Umfang der innewohnenden Kompetenz nur relativer Natur sein. Ein Kommunalverband kann eine weitergehende Autonomie besitzen, als der Gliedstaat eines Bundesstaates oder ein sog. halbsouveräner Staat; er kann auch in vielem die Struktur eines Staates besitzen. So ist z. B. Elsass-Lothringen als Staat angesehen worden.

Verschieden ist jedoch der Ursprung der in den Gebietskörperschaften ausgeübten Gewalt. In einem Kommunalverbande und Verwaltungsbezirke herrscht nur die Gewalt des Staates, dem diese Teilgebiete angehören; der Staat übt seine Gewalt entweder selbst durch seine Organe aus oder er hat seine Gewalt zum Teil der von ihm abhängigen Gebietskörperschaft zur Ausübung durch Organe, die sie selbst bestellt, delegiert; bezüglich der Kompetenz streitet die Vermutung für die des Staates. In einem Staate dagegen herrscht grundsätzlich dessen Gewalt. Bei dem Typus des unabhängigen Einheitsstaates ist dies klar. Aber auch für den Staat, der sich in rechtlicher Abhängigkeit von einem andern Staate befindet, besonders also dem Gliedstaate eines Bundesstaates, trifft dies zu. Die Gewalt des übergeordneten Staates kommt zwar in

---

[1]) Fichte, Die Republik im Monarchismus, Halle 1848, S. 11, spricht von der Souveränität des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika; dieser Gebrauch des Wortes wird heute wohl allseitig abgelehnt.

dem unabhängigen Staate zur Ausübung und beschränkt den Umfang der Gewalt des letzteren. Sie vernichtet sie nicht ganz, wenn auch die Kompetenz-Kompetenz des übergeordneten Staates die Kompetenz des Unterstaats rechtlich verändern kann. Es bestehen in dem Unterstaate mithin zwei Staatsgewalten nebeneinander, diejenige des Oberstaates, die die höhere und ausschlaggebende ist, weswegen die Eigenschaft der Souveränität diesem Staate zukommt, und sodann die des Unterstaates, die zwar von der des Oberstaates beschränkt werden kann, so dass dieser Staat nicht souverän ist, die jedoch ihren Ursprung nicht vom Oberstaate herleitet. Das Ergebnis ist also: In einer Gebietskörperschaft herrscht nur Staatsgewalt, und zwar in einem Kommunalverbande und Verwaltungsbezirke die Gewalt des diese Gebiete mitumfassenden Staates, soweit sie nicht der Ausübung nach übertragen ist; in einem abhängigen Staate die Gewalt dieses Staates, soweit sie nicht durch die des Oberstaates beschränkt ist. Im Staate und in seinen Teilen herrscht dieselbe eine Gewalt, im abhängigen Staate herrschen zwei Staatsgewalten. Unter den Gebietskörperschaften zeichnet sich der Staat aus durch das Begriffsmerkmal der eigenen Gewalt[1]).

Nicht zu verhehlen ist allerdings, dass die meist vernachlässigte Frage, wie denn diese eigene Gewalt erkannt werden soll, Schwierigkeit macht. Ihre Beantwortung ist aber selbstverständlich nicht zu umgehen, wenn das aufgefundene Begriffsmerkmal von Nutzen sein soll. Oft ergibt sich die Antwort auf die Frage, ob eine Gebietskörperschaft Gewalt zu eigenem Rechte besitzt und somit Staat ist, aus ihrer geschichtlichen Entwicklung. Dass die nordamerikanischen Einzelstaaten, die zunächst souverän waren und dann bei Gründung der Union

---

[1]) Seidler, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905, nimmt nicht die Staatsgewalt, sondern die konstitutiven Organe als Element des Staates an; er kommt dann zu der Definition: Der Staat ist ein mit Personal-, Gebiets- und Organhoheit ausgestattetes Hoheitssubjekt. Auch wenn die Organe „qualifizierte Teile der Volksgemeinschaft“ sind (S. 66), so ist ihr Vorhandensein schon durch die Eigenschaft des Staates als einer juristischen Person bedingt. Staatsgewalt kommt dagegen nicht jeder Gebietskörperschaft zu.

einen Teil ihrer Staatsgewalt auf den Bund übertrugen, die ihnen verbliebene Gewalt zu eigenem Rechte besitzen, ist wohl nicht zu bestreiten; trotzdem die Bundesgewalt jederzeit ihre Kompetenz auf Kosten der Gliedstaaten erweitern kann, wäre die Annahme gekünstelt, die Bundesglieder hätten ihre sämtlichen Rechte dem Bunde übertragen und übten die ihnen jetzt zustehende Gewalt für diesen aus. Ebenso verhält es sich bezüglich der schweizerischen Kantone und der deutschen Staaten. Anders dagegen, wenn ein Teil eines Staates sich allmählich unabhängig macht oder ein Einheitsstaat dadurch, dass seine Teile immer grössere Selbständigkeit erlangen, sich zum Bundesstaat entwickelt. Greifen wir auf die Provinzen der südamerikanischen Republiken zurück, deren Staatscharakter ja bestritten ist, so drängt sich notwendig die erwähnte Frage auf. Mit der Feststellung, dass sie Staaten sind, wenn sie eigene Gewalt haben, ist noch nicht viel gewonnen; es fragt sich zunächst, ob sie eigene Gewalt haben. Diese Frage lässt sich dahin beantworten, dass das Vorhandensein einer Verfassungsurkunde mit ziemlicher Sicherheit für den Besitz der eigenen Staatsgewalt spricht. Grundsätzlich ist es zwar möglich, dass eine Gebietskörperschaft, ohne ein selbständiger Staat zu werden, auf die Erlaubnis und Anweisung des Staates hin, die ihr übertragenen Rechte in einer Art Verfassungsurkunde regelt; sie besitzt natürlich dann keine eigene Staatsgewalt. Derartige Äusserungen, in denen ein Staat den ganzen Umfang der Staatsgewalt der Ausübung nach einer ihm untergeordneten Gebietskörperschaft für diesen Teil seines Gebietes überträgt, existieren jedoch nicht. Die sich in manchen republikanischen Verfassungen findende Bestimmung, dass die Bundesgewalt für die Verfassungen der Gliedstaaten die Gewährleistung übernimmt oder für ihre republikanische Form Sorge trägt, gehört nicht hierher; sie ist nur ein Ausfluss der auf Wahrung der Bundesinteressen gerichteten Sorge des Gesamtstaates. Dagegen stellen die Gesetze, durch die ein Staat einem bisherigen Verwaltungsbezirke den Staatscharakter zuspricht[1]), nicht eine

[1]) In den Vereinigten Staaten von Amerika enabling acts genannt; s. a. oben S. 25 (Venezuela).

Übertragung der Staatsgewalt an den neuen Gliedstaat dar; es verzichtet vielmehr der Oberstaat auf die Ausübung der Staatsgewalt in dem betreffenden Gebiete nach Massgabe der Bundesverfassung, und der Einzelstaat übt seine Gewalt auf Grund der aus eigenem Rechte gegebenen neuen Verfassung aus. Gebietskörperschaften, die sich Verfassungen in der üblichen Form geben, oft — wie dies gerade bei den Verfassungen der amerikanischen und schweizerischen Gliedstaaten der Fall ist — in den ersten Artikeln die Souveränität und Selbständigkeit betonend, besitzen eigene Gewalt und somit Staatscharakter [1]).

Jede Gebietskörperschaft besitzt als eine Organisation und noch dazu als juristische Person und Körperschaft eine Verfassung in weiterem Sinne. Je mehr sie aber aus einem sozialen sich zu einem rechtlichen Gebilde entwickelt und Staat wird, desto mehr ergibt sich die Notwendigkeit, die Organisation fester zu gestalten und für die Funktionen der eigenen Staatsgewalt bindende Normen zu schaffen. Eine Verfassung in engerem Sinne, auch gleichbedeutend mit Verfassungsurkunde, ist ein solcher Komplex von Regeln, für den sich in den heutigen Staatsrechten eine gewisse Übereinstimmung in der Form und den Grundzügen herausgebildet hat.

Mit den jetzt festgestellten vier Elementen [2]) Personengemeinschaft (Volk), Gebiet, eigene Gewalt, Organisation (Verfassung) ist der Begriff des Staates gegeben. Der Kreis der Personengemeinschaften wird durch die Eigenschaft der Organisation und rechtlichen Einheit enger gezogen, von anderen juristischen Personen sondert sich durch Hinzutreten des Merkmals des Gebietes die Gebietskörperschaft, die, wenn sie eigene Gewalt besitzt, Staat wird. Der Staat ist daher die auf einem Gebiete ansässige, durch seine Organisation zu einer rechtlichen Einheit entwickelte und eigene Gewalt ausübende Personengemeinschaft.

---

[1]) Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 475 ff., bezeichnet dies Begriffsmerkmal des Staates als die Fähigkeit der Selbstorganisation und Selbstherrschaft.

[2]) Combotheca, La conception juridique de l'État, Paris 1899, S. 155, 162, löst die Definition des Staates als „personne collective souveraine“ in zehn Elemente auf.

II. Eine Einteilung der Staaten, die Feststellung der Staatsformen, ist nach verschiedenen Gesichtspunkten möglich.

1. Die Gesamtheit der Betätigungen des Staates seinen Gliedern oder anderen Staaten gegenüber ist die Staatsgewalt[1]). Der Staat nimmt seine Funktionen nur durch seine Organe wahr, die rechtliche Einheit der Verbandsperson als solche ist handlungsunfähig. In dieser Eigenschaft ist er selbst Subjekt der Staatsgewalt, doch stehen alle seine Organe nicht im gleichen Verhältnisse zu ihm. Sie sind zwar Glieder des Staates und ihm eingeordnet, das Verhältnis beider zu einander hat auch in der dem Staate notwendig zustehenden Verfassung seine Regelung gefunden. Es gibt jedoch Organe, denen gegenüber der Staat zur Durchsetzung eines abweichenden Willens keine Organe besitzt und die er nicht zur Verantwortung ziehen kann. Diese Organe kann man herrschende Organe oder Träger der Staatsgewalt[2]) nennen und ihnen einerseits untergeordnete Organe, die von ihnen abhängig sind, andererseits Ausüber der Staatsgewalt (ausübende Organe im engeren Sinne) gegenüberstellen. Die Eigenschaft als Träger der Staatsgewalt braucht nicht durch ein „Recht auf Organstellung“ oder einen „eigenen Anspruch auf Organschaft“ gestützt zu werden. Bernatzik[3]) sieht in dem Begriffe des eigenen Rechts das unterscheidende Merkmal zwischen Monarchie und Republik; der Monarch habe eine Stellung zu eigenem Rechte inne, während das republikanische

[1]) Anschütz, Deutsches Staatsrecht in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 464: „Staatsgewalt ist die dem Staate ausschliesslich zustehende Fähigkeit, Land und Leute zu beherrschen“.

[2]) Anschütz a. a. O. S. 472: „Träger ist diejenige Person oder Mehrheit von Personen, welche den Staat voll repräsentiert und im Zweifelsfalle die Vermutung der Alleinberechtigung zur Ausübung der Staatsgewalt auf ihrer Seite hat“; Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts (6. Aufl.) S. 17, 18, und die dort angeführte Literatur; Hübler, Organisation der Verwaltung S. 8. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 538 ff., lehnt den Begriff des Trägers ab; doch ist nach einer Feststellung des Begriffes als eines qualifizierten Organs und bei Ablehnung eines eigenen Rechts eine dualistische Staatsauffassung wohl nicht zu befürchten.

[3]) Republik und Monarchie S. 33.

Staatsoberhaupt sie der Wahl, also dem Willen des Volkes verdanke. Rosin [1]) bemängelt diese Unterscheidung, weil der Gegensatz von eigenem Rechte nicht abgeleitetes übertragenes, sondern fremdes, vertretungsweise ausgeübtes Recht sei. Es ist zu diesem Begriffe jedoch überhaupt zu bemerken, dass ein Recht auf die Staatsgewalt weder auf seiten des Monarchen noch des Volkes vorliegt [2]). Ein solches Recht ist seiner Herkunft nach nicht nachzuweisen; das Recht ist erst durch den Staat selbst möglich; es müsste sonst ein übergeordneter Faktor vorhanden sein, der dies angebliche Recht verwirklichte und schützte. Ein Staatsorgan aber, auch ein herrschendes Organ oder Träger der Staatsgewalt, kann nicht ein eigenes Recht haben auf etwas, das ihm erst durch den Staat gewährt wird. Ein Recht auf die Staatsgewalt gibt es höchstens in dem relativen Sinne, dass keine höhere Person vorhanden ist, die den Anspruch des angeblich Berechtigten bestreiten könnte.

2. Der herrschende Faktor ist der wichtigste Einteilungsgrund für die Staaten, nach ihm bestimmt sich die Staatsform [3]). Je nachdem Träger der Staatsgewalt eine Einzelperson oder eine Personenmehrheit ist, unterscheidet man Monarchie und Republik. Die Republik zerfällt, je nachdem eine beschränkte Personenmehrheit oder die Gesamtheit der Aktivbürger die Staatsgewalt trägt, in Aristokratie und Demokratie. Bezüglich der drei Bezeichnungen Republik, Aristokratie und Demokratie sowie ihres Verhältnisses zueinander ist der Sprachgebrauch schwankend. Es ist in der Tat oft schwierig, festzustellen, ob die Eigenschaften, die von einem Staatsbürger für die Teilnahme an den Rechten eines solchen vorausgesetzt werden (Alter, Einkommen, Grundbesitz, Bildung), ihn nur als Aktivbürger oder auch als Mitglied einer herrschenden Klasse quali-

[1]) Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S. 12; vgl. ausserdem über diesen Begriff Br. Schmidt, Der Staat S. 96, 97; Preuss, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften S. 55; Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 23.

[2]) Vgl. Affolter, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts S. 43.

[3]) Seidler, Das jurist. Kriterium des Staates S. 68, nennt dies die funktionelle Eigenart der konstitutiven Organe; Volk und Gebiet stellten dagegen die für die Beurteilung der Identität des Staates massgebende materielle Substanz dar.

fizieren[1]). Es darf aber nicht für die demokratische Republik die Gesamtheit der Volksgenossen als Träger der Staatsgewalt bezeichnet werden, denn diese bildet den Staat selbst, kann also nicht Organ sein. Eine weitere genauere Einteilung wird erzielt, wenn man auch die Ausübung der Staatsgewalt berücksichtigt und untersucht, ob herrschendes und ausübendes Organ identisch sind oder nicht. Dass der Träger der Staatsgewalt auch Ausüber ist, ist nicht begrifflich notwendig; andererseits ist es möglich, dass neben dem Träger oder an seiner Stelle die Ausübung der höchsten Staatsgewalt in den Händen von staatlichen Organen liegt, die nicht Träger der Staatsgewalt sind.

3. Eine Monarchie, in der der Träger der Staatsgewalt allein oder durch von ihm abhängige Organe die Staatsgewalt ausübt, ist eine absolute Monarchie. Ist der Träger jedoch in der Ausübung der Staatsgewalt durch Organe beschränkt, die nicht von ihm abhängig sind, aber auch nicht als herrschende Organe bezeichnet werden können, so spricht man von einer konstitutionellen Monarchie. Hier hat das Parlament dem Monarchen gegenüber besondere Rechte. Lukas[2]) führt aus, dass der Monarch und das Parlament in der Erfassung des staatlichen Gesetzwillens koordiniert seien, doch spricht dafür, dass dem Parlamente nur eine beschränkende Mitwirkung gegenüber dem Monarchen als dem eigentlichen Träger der Staatsgewalt zukommt, sowohl die geschichtliche Entwicklung dieser Staatsform als auch positivrechtlich[3]) der Umstand, dass die Kompetenz grundsätzlich für den Monarchen streitet.

Wenn eine Personenmehrheit oder die Aktivbürgerschaft zugleich Träger und Ausüber der Staatsgewalt ist, so kann man von einer absoluten Aristokratie bzw. absoluten Demokratie sprechen. Diese Staatsform besteht heute jedoch nicht.

---

[1]) Walcker, Politik der konstitutionellen Staaten, Karlsruhe 1890, S. 55, erklärt die allgemein als reine Demokratien bezeichneten kleineren Kantone der Schweiz für Besitzaristokratien.

[2]) Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches, Graz 1901.

[3]) Für Preussen vgl. z. B. Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preussen 1898 S. 3.

Es kommt höchstens die sog. reine Demokratie vor, nämlich in einigen kleineren Kantonen der Schweiz; allerdings ist es bemerkenswert, dass die neuere Verfassungsgesetzgebung in der Schweiz die Tendenz zeigt, die direkte Teilnahme des Volkes an der Regierung, besonders durch die Erweiterung des Referendums auszudehnen [1]).

Auch die deutschen freien Städte sind nicht als Aristokratien mit der Bürgerschaft als beschränkendem Element anzusehen, wie es den Anschein hat und wozu die mit ausserordentlich weitgehenden Funktionen und Vorrechten ausgestattete Stellung des Gesamtsenates leicht verführt. Das einzelne Mitglied des Senates ist Staatsbeamter, es wird heute vom Senate und der Bürgerschaft gewählt und ist deren abhängiges Organ, einerlei, ob man diese beiden Körperschaften als Aktivbürgerschaft oder deren Repräsentation ansehen will. Obgleich für die passive Wahl der Senatoren besondere Eigenschaften verlangt werden und nicht alle Bürger aktiv wählen, so darf man hier nicht von einer herrschenden Klasse sprechen, denn bei allen Wahlen, auch in der ausgesprochensten Demokratie, wird aus naheliegenden Gründen unter den Staatsangehörigen eine gewisse Auslese nach Alter, Geschlecht, oft auch nach Vermögen, Grundbesitz und anderen Eigenschaften, stattfinden. Auch der Senat als solcher ist nicht Träger der Staatsgewalt und etwa in seiner Gesamtheit mit einem gewählten Monarchen zu vergleichen, denn seine Mitglieder sind nicht ihm allein, sondern dem ganzen Volke verantwortlich. Die Teilnahme an der Gesetzgebung ist ferner nicht unvereinbar mit der Eigenschaft eines abhängigen Organs.

In den heutigen Republiken sind also Träger und Ausüber der Staatsgewalt nicht identisch. Herrschender Faktor ist immer die Aktivbürgerschaft, die aber kaum selbst in die Ausübung der staatlichen Funktionen eingreift. Hierfür sind andere Organe verfassungsmässig bestellt, in erster Linie die parlamentarischen Körperschaften. Die Unterscheidung von

---

[1]) Vgl. die Supplemente zu der erwähnten Sammlung der Schweizer Bundes- und Kantonsverfassungen; Combes de Lestrade, Droit politique contemporain S. 137.

Träger und Ausüber, die zu der Bestimmung zweier wichtiger heute bestehender Staatsformen, der absoluten und der konstitutionellen Monarchie, führte, bringt also, auf die heutigen Republiken angewandt, kein ähnliches praktisches Ergebnis. Man hat daher, wohl in dieser Erkenntnis, andere Einteilungen versucht.

4. Hier wird am meisten eine Einteilung nach der Spitze der Republik interessieren, zumal dieser Einteilungsgrund auch den zunächst ins Auge fallenden äusseren Unterscheidungsmerkmalen gerecht wird. Es lassen sich drei Haupttypen der heutigen Republik unterscheiden, wie sie auch oben in der geschichtlichen Darstellung zusammengefasst wurden. Die nordamerikanische Bundesverfassung, die sich in wesentlicher Übereinstimmung mit den vor und nach ihr entstehenden Verfassungen der Gliedstaaten der Union befindet, ist vorbildlich geworden für die Verfassungen der mittel- und südamerikanischen Republiken und die Verfassung des einzigen afrikanischen Freistaates Liberia. Man kann also von einem amerikanischen Typus sprechen. Die Verfassung der französischen Republik legt in ihrer jetzigen Form das Schwergewicht der tatsächlichen Macht in das Parlament; dadurch, dass der Präsident z. B. seine Minister der Parlamentsmehrheit entnehmen muss und die Gültigkeit seiner Regierungshandlungen von ihrer Mitwirkung abhängt, ist seine Stellung weniger einflussreich als die des amerikanischen Präsidenten. Man nennt daher diesen Typus die parlamentarische Republik im Gegensatz zu der amerikanischen oder Präsidentschaftsrepublik[1]. Die dritte Gruppe bilden die Republiken mit kollegialer Spitze wie die Eidgenossenschaft und die Kantone der Schweiz und die Hansestädte.

Unter diese drei Typen wird sich jede der heutigen Republiken einreihen lassen[2]. Die Aufstellung weiterer Abarten oder die Einteilung nach anderen Merkmalen kann daher nur den Zweck haben, auch Staatsformen, die der Geschichte oder

[1]) Hervieu, Les ministres, leur rôle et leurs attributions dans les différents États organisés, Paris 1893, S. 56: „ . . . une forme de gouvernement présidentielle, démocratique ou simplement américaine".

[2]) Eine weitere Einteilung bei Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 696 ff.

der Theorie angehören, mit unter den Begriff der Republik einzubeziehen. Die plebiszitäre Republik [1]) ist eine Abart der Präsidentschaftsrepublik; hierher gehörten auch die südafrikanische Republik und der Oranjefreistaat, nach deren Verfassung neben dem Präsidenten ein Rat stand; der Freistaat Frankfurt [2]) war den Republiken mit kollegialer Spitze zuzurechnen, wenn in ihm der Senat oder Rat nur beauftragter Exekutor des Rechts der Gesamtheit war und nach dem Verfassungsentwurfe von 1848 [3]) ein aus sieben Mitgliedern bestehender Regierungsrat die ausführende Behörde sein sollte. Eine weitere Einteilung nach den Kollegien, wie sie in Frankreich und der Schweiz an der Spitze dieser Republiken gestanden haben und in den Kantonen noch mit verschiedenen Bezeichnungen existieren, ist unnötig [4]). Es ist noch zu erwähnen, dass die Geschichte absolute Demokratien und Aristokratien gekannt hat. Die heutigen Republiken dagegen sind, wie gesagt, sämtlich konstitutionell [5]).

5. Die bisherigen zur Feststellung des Begriffes der Republik führenden Untersuchungen mussten sich notwendigerweise auf breiterer allgemein-staatsrechtlicher Grundlage aufbauen, da in der allgemeinen Staatslehre eine Übereinstimmung über die Begriffsmerkmale dieser Staatsform und ihre Abgrenzung von anderen Staatsformen nicht besteht. Unterscheidungsmerkmale wie Erblichkeit und Wahl, die bei einer Betrachtung ausschliesslich der heutigen Republiken nahe

---

[1]) Die „Geschichte der Frankfurter Zeitung" S. 792 spricht davon, dass der Name Boulangers zur typischen Benennung des politischen Systems der plebiszitären Republik geworden sei.

[2]) Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 704.

[3]) erwähnt in der „Geschichte der Frankfurter Zeitung" S. 6; er sucht die demokratische Auffassung der Republik grundsätzlich festzulegen.

[4]) Schvarcz, Elemente der Politik (Budapest, Wien, Leipzig 1880), teilt den Freistaat ein in die monarchisch-zugespitzte, Ausschuss-, Konvent- und unmittelbare Volkstagsrepublik; Unterarten der ersteren sind nach ihm unter anderen die erbmonarchisch zugespitzte Republik und die Wahlmonarchie!

[5]) Combes de Lestrade, Droit politique contemporain S. 70, 71: „Le gouvernement direct — l'identification entre gouvernants et gouvernés — n'existe plus dans aucune des nations données d'un droit politique. Aucune d'elles n'est dans les conditions où la totalité de ses membres délibéraient sur les intérêts de l'État".

liegen[1]), kommen schon deshalb zur Kennzeichnung der rechtlichen Stellung des Staatshauptes nicht in Betracht, weil es sowohl Wahlmonarchen (z. B. die deutschen Kaiser des Mittelalters und die Päpste als souveräne Beherrscher des ehemaligen Kirchenstaates) als auch erbliche republikanische Staatshäupter (z. B. den Erbstatthalter der Niederlande) gegeben hat. Ebenso wie Wahl und Erblichkeit sind Verantwortlichkeit und Unverantwortlichkeit zwar regelmässig heute Kennzeichen der Republik bzw. Monarchie, sie sind sozusagen Reflexe des Unterscheidungsgrundes, sie sind dieser aber nicht selbst. Dass die Meinung Sieyès'[2]), eine Republik läge vor, wenn ein ernannter Vollziehungsrat nach der Mehrheit beratschlagend an der Spitze der Staatsmaschine oder der vollziehenden Gewalt stehe, dagegen eine Monarchie, wenn ein die unverrückbare Einheit der Regierung darstellendes Individuum im Namen des Volkes unverantwortlich einige Amtsverrichtungen ausübe, nicht mehr dem heutigen Stande der Wissenschaft entspricht, bedarf keiner weiteren Ausführung; sie ist aber interessant dafür, dass in Frankreich es in der ersten Zeit der Republik selbstverständlich erschien, eine Personenmehrheit an die Spitze der Exekutive zu stellen.

Mit dem hier aufgezeigten Unterschiede zwischen Monarchie und Republik erledigt sich die Ansicht derjenigen Schriftsteller, die behaupten, ein rechtlicher Unterschied zwischen monarchischem und republikanischen Staatsoberhaupte bestehe nicht, höchstens sei der Grad ihrer Befugnisse verschieden. Wie ein Vergleich der Verfassungsgesetze der Republiken, insbesondere der drei Typen, zeigt, besteht schon unter ihnen eine grosse Mannigfaltigkeit in bezug auf den Umfang der Macht des Staatshauptes. Stellt man ihnen ausserdem monarchische Verfassungen gegenüber, so zeigt sich unschwer, dass nicht allgemein gesagt werden kann, das Staatshaupt der einen Staats-

[1]) Vgl. auch Bornhak, Preussisches Staatsrecht Bd. 1 S. 64: „Je nachdem das mit der Exekutive betraute Staatsorgan erblich oder periodisch bestellt wird, ist der Staat der Volkssouveränität parlamentarische Monarchie oder Republik".

[2]) Politische Schriften, vollständig gesammelt von dem deutschen Übersetzer, 1796, Bd. 2 S. 215, 216.

form habe mehr bzw. weniger Macht als das der andern Staatsform. Der republikanische Präsident kann ein materielles Sanktionsrecht haben; er kann sogar die gesamte Staatsgewalt ausüben einschliesslich der Gesetzgebung, und der König kann praktisch der Sanktions- und Vetorechte entkleidet sein, denn der Träger der Staatsgewalt, Aktivbürgerschaft bzw. Monarch, braucht die Staatsgewalt nicht auszuüben, sondern kann sie in beliebigem Umfange — daher hat in diesem Staate der Monarch, in jenem der Präsident die grössere tatsächliche Gewalt — der Ausübung nach übertragen. Die Rechtsstellung des monarchischen und des republikanischen Staatshauptes bleibt dennoch verschieden: entre la monarchie et la république il y a cependant plus qu'une différence de mots[1]). Das Volk kann auf verfassungsmässigem Wege dem Präsidenten seine Funktionen jeden Augenblick entziehen und sie beliebig abändern, dem Monarchen ohne seine Zustimmung aber nicht; denn dann erschiene nicht mehr der Monarch als Träger der Staatsgewalt, und aus der monarchischen würde eine republikanische Staatsform[2]).

III. Das Ergebnis dieser grundlegenden Erörterungen ist für unsere Aufgabe ein doppeltes. Zunächst ist die Auffassung des Staates als eines Organismus abgelehnt worden, da die Existenz einer organischen Verbandsperson nicht zu beweisen ist. Das republikanische Staatshaupt ist daher nicht als ein Organ im Sinne der organischen Theorie zu bezeichnen. Gebraucht man dagegen das Wort Organ in dem erwähnten

[1]) Casimir-Périer, Vorwort zu Bompard, Le veto du président de la république et la sanction royale, Paris 1906, S. VIII.

[2]) Combes de Lestrade, Droit politique contemporain, hält zunächst eine glatte Scheidung zwischen Monarchie und Republik für unmöglich, da das Verfassungsrecht, besonders das ungeschriebene, zu verschieden sei (S. 73); die wichtigste Einteilung müsste sich richten nach dem grösseren oder geringeren Umfang der den Delegierten des Volkes übertragenen Rechte, und zwar übertragen „non pas seulement par des textes écrits, mais par l'esprit, le génie de cette nation" (S. 85). Er kommt jedoch zu dem Schlusse: „en négligeant les différences de degrés, l'examen des constitutions contemporaines fait donc reconnaître quatre types: la monarchie absolue, la monarchie constitutionnelle, le régime parlementaire, le régime présidentiel".

weiteren Sinne, so genügt die Feststellung, dass das Staatshaupt Glied einer Personengemeinschaft ist und für die Gesamtheit mit Wirkung für diese handelt, natürlich nicht, die Rechtsstellung genau und erschöpfend zu bestimmen. Nach Jellineks Terminologie[1]) sind unmittelbare Organe solche, deren Organstellung unmittelbar durch die Verfassung des Verbandes gegeben ist und die niemandem als dem Staate selbst unmittelbar verpflichtet sind; Organe, die die Fähigkeit, Organfunktionen wahrzunehmen, von unmittelbaren Organen ableiten, heissen mittelbare, solche, die zu einem anderen Organe sich derart verhalten, dass sie dieses primäre Organ repräsentieren, sekundäre Organe. Würde hiernach das republikanische Staatsoberhaupt etwa als ein unmittelbares, sekundäres, kreiertes Organ bezeichnet werden, so teilt es die hierdurch von ihm ausgesagten Eigenschaften mit anderen Organen, kann also ebensowenig eine genauere Begriffsbestimmung entbehren, wie die oft sich findende allgemeine Bezeichnung als höchstes Staatsorgan. Ferner ist der Begriff des Staates und im besonderen der der Republik mit ihren verschiedenen Formen festgestellt worden.

Innerhalb der Republik, der Staatsform, in der die Aktivbürgerschaft Träger der Staatsgewalt ist, ist nun dem Staatsoberhaupte in der Reihe der Staatsorgane, d. i. der für die Gesamtperson mit rechtlicher Wirkung handelnden Einzelpersonen oder Personenmehrheiten, seine Stellung näher anzuweisen. Dies soll in dem folgenden allgemeinen Teile geschehen, während ein weiterer, besonderer Abschnitt im einzelnen die Funktionen des so festgestellten Begriffes bringen wird.

[1]) Das Recht des modernen Staates, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre S. 530 ff. Jellinek selbst erklärt das republikanische Staatshaupt für den Repräsentanten des Staates; darüber unten.

Erster Abschnitt

Der Begriff des republikanischen Staatshauptes und seine Stellung im allgemeinen.

§ 4. Die Personen des Rechtsverhältnisses.

I. Aus der Bezeichnung „Oberhaupt des Staates" wie auch aus dem Bestehen rechtlicher Beziehungen geht hervor, dass das republikanische Staatshaupt in einem Rechtsverhältnisse zum Staate steht. Ebenso sind alle Konstruktionen der rechtlichen Stellung des republikanischen Staatschefs — er wird u. a. als Organ, Herrscher, Beamter, Repräsentant, Mandatar, Delegatar des Volkes angesehen — durch die Bestimmung dieses Rechtsverhältnisses gegeben. Unsere Aufgabe wird sich zunächst auf eine Feststellung der Parteien des Rechtsverhältnisses zu richten haben.

II. Auf der einen Seite steht das Staatsoberhaupt, eine dem betreffenden republikanischen Staate angehörende Einzelpersönlichkeit.

1. Der Titel ist heute meist der des Präsidenten (president, président, presidente). Es gibt Präsidenten der Republik in Frankreich[1]) und in den meisten mittel- und südamerikanischen Freistaaten[2]), Präsidenten der Vereinigten Staaten (von Amerika[3]), Mexiko, Venezuela, Brasilien), den Präsidenten der Argentinischen Nation. den Bundespräsidenten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Präsidenten des Regierungsrates in den Kantonen Zürich, Bern, Basel Stadt und Landschaft, Schaffhausen und Thurgau, Präsidenten des Staatsrats (Conseil d'État, Consiglio di Stato) in den Kantonen Freiburg, Waadt, Neuenburg, Genf und Tessin, sowie einen Präsidenten des kleinen

---

[1]) z. B. Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 2.

[2]) z. B. Art. 50 der Verfassung Chiles: „Un ciudadano, con el título de Presidente de la Republica de Chile".

[3]) Art. II Sect. 1 § 1 der Verfassung: „The executive power shall be vested in a President of the United States of America".

Rates im Kanton Graubünden. Der alte Schweizer Titel Landammann findet sich in den Kantonen Schwyz, Unterwalden ob und nid dem Wald, Zug, Glarus, Solothurn, Appenzell Ausser-Rhoden und Aargau. Appenzell Inner-Rhoden hat an seiner Spitze einen regierenden Landammann [1]), der Kanton Luzern einen Schultheiss. Die nordamerikanischen Gliedstaaten haben den Governor beibehalten. Ebenso heisst auch in den Einzelstaaten der romanischen Bundesstaaten Amerikas der Staatschef Gobernador. Die Freien Städte des Deutschen Reichs haben den Bürgermeister als Vorsitzenden des Senatskollegiums, und zwar wird dieser zum Unterschiede von einem zweiten Bürgermeister in Bremen Präsident des Senates, und in Hamburg erster Bürgermeister genannt [2]). Die Verwaltung des Freistaates San Marino liegt in den Händen des grossen und des kleinen Rates und zweier Capitani reggenti.

2. Die Verfassungen stellen mehr oder weniger bestimmte Erfordernisse für die Eigenschaft als Staatshaupt auf. Im allgemeinen wird nicht mehr als männliches Geschlecht, ein gewisses Alter und Besitz der Staatsbürgerrechte verlangt.

Das für die Wählbarkeit erforderliche Alter ist von der Verfassung der Vereinigten Staaten auf 35 Jahre festgesetzt worden. Ihr schliessen sich die Grundgesetze von Kentucky und Missouri an. Alle anderen nordamerikanischen Staaten verlangen 30 Jahre, ausser Kalifornien, Minnesota und Nevada, die sich schon mit 25 Jahren begnügen, und Florida und Wisconsin, die allgemein aktive Wahlfähigkeit fordern. 30 Jahre sind auch vorgeschrieben in Chile (Art. 51 der Verfassung) und Argentinien mit seinen Gliedern (nur in La Rioja sind es

---

[1]) Auch der Kanton Tessin hatte vor der Verfassung vom 23. Juni 1830 einen „Landamano Presidente", wie aus dem Anfang und dem Schluss dieser Verfassung (Sammlung der Kantonsverfassungen S. 791 ff.) hervorgeht.

[2]) Als Quellen sind hier wie auch oft weiterhin, wenn es sich lediglich um Verfassungsbestimmungen handelt, die oben im § 2 erwähnten Ausgaben der Verfassungsurkunden der verschiedenen Republiken zu vergleichen. Die betreffenden Bestimmungen finden sich leicht; sedes materiae ist der mit Exekutivgewalt, Vollziehungs- oder Verwaltungsbehörde überschriebene Abschnitt, dem gewöhnlich zwei Hauptteile über allgemeine staatsbürgerliche Rechte und die Legislative vorausgehen, und nach dem die richterliche Gewalt behandelt wird.

25 Jahre)[1]), sowie in den drei Hansestädten[2]); Bern (Art. 13) und Schwyz (Art. 46) setzen 25 Jahre fest, Genf 27 Jahre (Art. 67). Die Qualifikation des Bundespräsidenten der Eidgenossenschaft ergibt sich aus seiner Eigenschaft als Mitglied des Bundesrats, und als solches muss er nach den Artikeln 96, 75 und 74 das 20. Altersjahr zurückgelegt haben. Ähnlich ist das Alter des Staatshauptes durch seine Eigenschaft als stimmfähiger Bürger in den meisten Kantonen auf 20, in Unterwalden nid dem Wald auf nur 18 Jahre festgelegt. Dem gegenüber fordert die meiste Anzahl von Jahren, nämlich 40 Jahre, die Verfassung Haitis (Art. 103).

Ein weiteres Erfordernis ist die Eigenschaft als Staatsbürger. Die nordamerikanische Bundesverfassung spricht von einem eingeborenen Bürger, der 14 Jahre in den Vereinigten Staaten ansässig gewesen sei. Entsprechend verlangen auch die nordamerikanischen Gliedstaaten die Eigenschaften eines Wahlmannes (qualified elector), den Besitz des Bürgerrechtes der Vereinigten Staaten, zuweilen einen mehrjährigen Aufenthalt in der Union (z. B. Florida 10, Delaware 12, Georgia 15, Mississippi 20 Jahre) und regelmässig mehrjährige Ansässigkeit in dem betreffenden Staate (meist 5 bis 7 Jahre, in Minnesota nur ein Jahr); in Maryland muss der Gewählte auch drei Jahre in seinem Wahldistrikte ansässig gewesen sein. In den Provinzen Argentiniens wird ebenfalls Gebürtigkeit als Argentinier, mehrjähriges Domizil in der Provinz, und ausserdem ein gewisses Einkommen oder entsprechender Grundbesitz vorausgesetzt. Andere Republiken Amerikas bestimmen, dass das Staatshaupt Mitglied einer der parlamentarischen Körperschaften gewesen oder als solches wählbar sein müsse, des Senats (z. B. Argentinien Art. 76 und Kolumbien Art. 115) oder der Deputiertenkammer (z. B. Chile Art. 51); dies ist bedingt ausser durch den Besitz der Staatsbürgerrechte noch durch den

[1]) Carranza, Constitucion nacional y constituciones provinciales vigentes, gibt S. XXI bis XXIV eine übersichtliche Zusammenstellung der in den Argentinischen Provinzen für die Qualifikation als Staatsoberhaupt bestehenden Verfassungsbestimmungen.

[2]) von Melle, Hamburgisches Staatsrecht S. 56; Verfassung Bremens § 23; Verfassung Lübecks Art. 6.

Nachweis eines Mindesteinkommens (in Argentinien 2000, in Chile (Art. 19) 500 Pesos). In Haiti (Art. 103) muss der Präsident Grundbesitzer sein. In der Schweiz, der Eidgenossenschaft und den Kantonen, muss, wie gesagt, das Staatshaupt die Eigenschaft eines stimmberechtigten Aktivbürgers haben und als solcher ausser dem erwähnten Alter auch das Schweizer Bürgerrecht besitzen; die Verfassungen zählen die Fälle auf, in denen das Bürgerrecht verloren geht. Die Bürgermeister der Hansestädte werden aus der Reihe der Senatoren gewählt. Die passive Wahlfähigkeit ist daher ebenfalls indirekt bestimmt durch die Wählbarkeit zur Bürgerschaft, durch den Besitz des Staatsbürgerrechts, durch mehrjährigen Aufenthalt in der betreffenden Stadt (drei Jahre in Hamburg) und durch den Vollbesitz der bürgerlichen Ehrenrechte; auch darf der zu Wählende nicht entmündigt sein oder sich im Konkurse befinden.

Ausser diesen allgemeinen Erfordernissen, ein gewisses Alter und die Eigenschaft als Staatsbürger, in manchen Republiken durch Ansässigkeit und Wahlfähigkeit zum Parlamente qualifiziert, enthalten die Verfassungen z. T. noch andere besondere Voraussetzungen.

Dass das Staatshaupt weltlichen Standes sei, fordern die Eidgenossenschaft (Art. 75) und Genf (Art. 67). Der Governor von Massachusetts muss sich für einen Angehörigen der christlichen Religion erklären, der Governor von New Hampshire musste der protestantischen Konfession (jetzt aufgehoben), der Präsident von Argentinien muss der römisch-katholischen Kirche angehören. Die Verfassung von Süd-Karolina Art. III Sekt. 3 schliesst Atheisten aus: No person shall be eligible to the office of governor who denies the existence of the Supreme Being. Der Regierungsrat des Kantons Bern soll der beiden Landessprachen kundig sein (Art. 33). Für die Bürgermeister der Freien Städte ist Rechtskundigkeit verlangt. Nahe Verwandte dürfen nicht zu gleicher Zeit Senatoren sein (Hamburg Art. 8, Bremen § 23 Abs. 3 ff., Lübeck Art. 6 Abs. 2). Ebenso dürfen in anderen Kollegialrepubliken Verwandte nicht Mitglieder desselben Rates sein, z. B. Schwyz § 47, Bern Art. 12, Glarus Art. 28 (Abänderung vom 1. Mai 1898). Sogar für den Nachfolger ist Verwandtschaft ein die Wählbarkeit aus-

schliessender Grund (Brasilien Art. 47 § 4). Eine besondere, aus politischen Erwägungen sich ergebende Verfassungsbestimmung ist die, dass in Frankreich Mitglieder der ehemals dort regierenden Familien der passiven Wahlfähigkeit entbehren (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 8 Abs. 5)[1]). Weitere Bedingungen stellen die Verfassungen, insbesondere auch die französischen Grundgesetze, nicht auf. Nach republikanischem Staatsrechte kann also im besonderen jeder Staatsbeamte oder Nichtbeamte, sowie jedes Parlamentsmitglied zum Staatsoberhaupte gewählt werden. Doch gilt der Grundsatz der Inkompatibilität; der Gewählte kann nach seinem Amtsantritte nicht weiterhin sein bisheriges Amt fortführen oder Abgeordneter bleiben. Auch darf er als Staatshaupt keinen anderen Beruf ausüben oder einen Erwerb betreiben (Art. 1 Sekt. 6 der Verfassung der Vereinigten Staaten, Illinois V 5, Indiana V 8, Nebraska V 2, Texas IV 6, Art. 97 der eidgenössischen Verfassung, Zürich Art. 39, Luzern Art. 65, Glarus Art. 49, Aargau Art. 37, Waadt Art. 54).

Die Bestimmungen der Verfassungsurkunden werden jedoch nicht unerheblich durch ungeschriebenes Recht ergänzt; teils werden fehlende, sich in anderen Verfassungen findende Erfordernisse ebenfalls vorausgesetzt, teils bildet sich neues selbständiges Gewohnheitsrecht. Beispielsweise wird die Mitgliedschaft des Schweizer Bundesrates nicht schon in dem die Rechte eines Aktivbürgers verleihenden Alter erworben werden. In Hamburg hat sich die Praxis gebildet, dass die Bürgermeisterwürde von den drei ältesten juristischen Mitgliedern des Senates je ein Jahr lang abwechselnd bekleidet wird[2]). Ferner scheint sich in Frankreich ein Gewohnheitsrecht — sofern man bei dem geringen Alter der jetzigen Verfassung und der verhältnismässig langen Amtsperiode des Präsidenten von einem solchen sprechen kann — dahin zu bilden, dass das Staatshaupt dem Senate entnommen wird. Gerade das Beispiel Frankreichs zeigt, dass auch mit wenigen positivrechtlichen Bestimmungen über die Wahl des Staatsoberhauptes durch die staatsrechtliche Praxis

[1]) Über die Rechtslage der Prätendenten vgl. v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen Bd. I 1888 S. 14.

[2]) Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 82.

dasselbe erreicht wird wie in Republiken, deren Verfassungen sich bemühen, durch eine enge Begrenzung der Zahl der passiv Wahlfähigen die Augen der Wähler auf den Würdigsten zu lenken.

3. Die heutigen Verfassungen kennen nur noch eine Präsidentschaft auf eine beschränkte Zeit, nicht mehr auf Lebenszeit[1]). Eine möglichst kurze Dauer der Präsidentschaft ist bedingt durch die Besorgnis vor einer zu grossen Macht und durch eine drohende Usurpation des Staatshauptes. Andererseits hat man sich auch der Erwägung nicht verschlossen, dass die Staatsgewalt im Interesse ihrer Beständigkeit und energischen Durchsetzung nicht zu oft von der in den Wahlen sich manifestierenden Volksgunst abhängig gemacht und einer vielleicht andere Bahnen einschlagenden Politik des Nachfolgers überantwortet werden darf.

Die längste Dauer der Präsidentschaft ist sieben Jahre, in Frankreich (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 2 Abs. 2) und in Haiti (Art. 101 der Verfassung). Sechs Jahre lang sind im Amte die Oberhäupter von Mexiko, Kolumbien (Art. 114) und Guatemala, fünf die von Chile und Alabama. Eine vierjährige Periode findet sich in den Vereinigten Staaten von Amerika[2]), Louisiana, Tennessee, West-Virginia, Texas, Panama, Nicaragua, Argentinien, Costa Rica, Venezuela, Salvador, Brasilien, Bolivia, Ecuador, Peru, Paraguay, Uruguay und der Dominikanischen Republik. In den Argentinischen Provinzen regiert das Staatshaupt drei oder vier, in den Einzelstaaten von Brasilien drei bis fünf Jahre lang. Drei Jahre ist die Amtsdauer in Delaware, Minnesota, New Yersey, Pennsylvania, zwei Jahre in Kalifornien, Florida, Jowa, Kentucky, Maine, Massachusetts, Missouri, Nevada, Ohio, Süd-Karolina und in Liberia. Auf nur ein Jahr wird das Staatshaupt ge-

[1]) In Mexiko und Kolumbien ist die Amtsperiode der jetzt regierenden Präsidenten nur für ihre Person auf Lebenszeit festgelegt worden.

[2]) Bei der Beratung der Verfassung wurden zu der Amtsdauer Vorschläge von sieben, elf und mehr Jahren gemacht; auch ein Belassen des Präsidenten im Amte „during good behavior" stand in Frage, doch wurde dagegen geltend gemacht: „it is only a softened name for an executive for life; the next easy step will be to hereditary monarchy" (Bancroft, History of the formation of the constitution of the United States Bd. 2. S. 166, 167).

wählt in Arkansas, Colorado, Connecticut, Georgia, Illinois, Indiana, Kansas, Maryland, Michigan, Mississippi, Nebraska, New Hampshire, New York, Nord-Karolina, Oregon, Rhode Island, Virginia, West-Virginia und Wisconsin. In den Republiken mit kollegialer Spitze ist die Amtszeit des Vorsitzenden des Kollegiums verhältnismässig sehr kurz bemessen. Sie beträgt meist ein Jahr, wie in der Eidgenossenschaft, den Kantonen, Hamburg und Bremen; in Lübeck zwei Jahre. In San Marino werden die capitani reggenti auf je ein halbes Jahr gewählt [1]).

4. Über die Wiederwählbarkeit eines Staatshauptes nach Ablauf seiner Amtszeit finden sich verschiedene Anschauungen in den Verfassungen vertreten, je nachdem die erwähnten für eine lange oder kurze Dauer der Präsidentschaft sprechenden Gründe hier für massgebend erachtet sind [2]). Es ist dem Staatsoberhaupte nur in den Staaten Delaware und Missouri die Aussicht genommen, eine längere Zeit als die verfassungsmässige Anzahl von Jahren an der Spitze des Staates zu stehen; hier ist ausdrücklich eine zweite Wahl für unzulässig erklärt [3]). Meist besteht nur eine Bestimmung, nach der eine unbegrenzt häufige Wiederwahl ausgeschlossen ist. Es ist deshalb die Wiederwahl unmittelbar nach Ablauf einer Amtsperiode untersagt: Kentucky Art. 3 Sekt. 3, Louisiana Art. 50, Pennsylvania Art. 4 Sekt. 3, Virginia Art. 4 Sekt. 1, West-Virginia Art. 7 Sekt. 4, Schweizer Bundesverfassung Art. 98 Abs. 2, Bern Art. 35, Luzern Art. 69, Freiburg Art. 51, Solothurn Art. 33, 28 (ausgenommen, wenn das Staatshaupt in

---

[1]) Nach der Verfassung des Kantons Tessin von 1830 (Sammlung der Kantonsverfassungen S. 798) wechselte die Präsidentschaft sogar alle Monate: La Presidenza gira fra di loro per turno di mese in mese (Art. 23 § 15).

[2]) v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Tübingen 1860, Bd. 1 S. 558, tadelt das Verbot der Wiederwahl; vgl. auch S. 490 zur Frage der Amtsdauer.

[3]) Delaware Art III Sekt. 3: „. . . and shall not be eligible a second time to said office“. Missouri Art. V Sekt. 2: „. . . and the governor and State treasurer shall be ineligible to reëlection as their own successors“. Versteht man jedoch, wie es im Vergleich mit den anderen Verfassungen der Gliedstaaten wohl berechtigt ist, unter successors nur unmittelbare Nachfolger, so wäre in Missouri eine spätere Wiederwahl möglich.

der Zwischenzeit einer Amtsdauer gewählt worden war), Aargau Art. 38, Thurgau § 37, Unterwalden ob (Art. 35) und nid (Art. 38 „in der Regel") dem Wald, Waadt Art. 57, Neuenburg Art. 44 (nicht wiederwählbar während derselben Legislatur), Genf Art. 73 und Graubünden Art. 25, Appenzell Ausser-Rhoden Art. 27 (Landammann nicht mehr als drei Jahre hintereinander). Ferner sind nicht sofort wiederwählbar die Bürgermeister in Lübeck (Art. 14 Abs. 4) und Bremen (§ 3 Abs. 4). Nach der Verfassung Hamburgs (Art. 17 Abs. 2) darf kein Bürgermeister länger als zwei Jahre nacheinander fungieren; er dürfte also zweimal hintereinander den Vorsitz bekleiden, wenn sich nicht bereits ein den Wechsel begünstigendes Gewohnheitsrecht gebildet hätte. Etwas weitergehend ist der von Oregon (Art. 5 Sekt. 1) und Tennessee (Art. 3 Sekt. 4) vorgezogene Modus, nach dem der Governor, dessen Amtszeit vier bzw. zwei Jahre beträgt, nicht mehr als acht bzw. sechs Jahre in einer Periode von zwölf bzw. acht Jahren im Amte sein darf. Mangels besonderer — Vereinigte Staaten von Amerika und Mexiko[1]) — oder kraft ausdrücklicher Bestimmungen — Frankreich (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 2 Abs. 2)[2]) und Tessin (Art. 15 Abs. 2) — ist in den übrigen Republiken eine Wiederwahl und damit eine eventuell lebenslängliche Amtszeit möglich. Doch ist auch hier zu bemerken, dass staatsrechtliche Praxis und Gewohnheitsrecht modifizierend wirken. So ist es in den Vereinigten Staaten nach Washingtons Beispiel üblich geworden, die zweite Wiederwahl (dritte Wahl) abzulehnen[3]). In Frankreich wird bei der langen Amtsperiode von sieben Jahren nur selten ein Präsident wiedergewählt werden.

[1]) Gesetz vom Dezember 1890 (Hervieu, Les ministres, leur rôle et leurs attributions dans les différents Etats organisés, Paris 1893, S. 68).

[2]) Nach der Verfassung vom 4. November 1848 war der auf vier Jahre gewählte Präsident nicht wiederwählbar. Die Folge war der Staatsstreich vom 2. Dezember 1851, nachdem Prinz Ludwig Napoleon Bonaparte eine Revision der Verfassung, die ihm eine Wiederwahl ermöglich hätte, nicht hatte durchsetzen können (Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik, in Marquardsens Handbuch des öff. Rechts, Freiburg 1886, S. 16).

[3]) Hervieu, Les ministres S. 68; Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat S. 240 Anm. 18.

III. Dem Staatsoberhaupte gegenüber steht der Staat. Häufig findet sich die Bezeichnung als Republik dem Titel des Staates hinzugesetzt, z. B. in Frankreich und in Südamerika. Die Bundesstaaten nennen sich Vereinigte Staaten, und ihre Glieder heissen meist Staaten. In betreff besonderer Bezeichnungen ist ausser auf die „Provinzen“ Argentiniens noch darauf aufmerksam zu machen, dass die Kantone der Schweiz auch „Stand“ genannt werden (daher die Bezeichnung „Ständerat“ für die Gesamtvertretung der Kantone; sowie Standeskommission, die Regierungsbehörde in Appenzell Inner-Rhoden). Die Benennungen als Eidgenossenschaft, Kanton, Freie und Hansestadt deuten auf die eigenartigen Verhältnisse und die geschichtliche Entwicklung dieser Staatswesen hin.

1. Wie oben in den grundlegenden Erörterungen ausgeführt ist, ergibt sich die Möglichkeit, dass der Staat als Gesamtheit in ein Rechtsverhältnis zu einer ihm angehörenden Einzelperson treten kann, aus seiner Eigenschaft als rechtliche Einheit, als juristische Person. Es ist hier nur noch darauf einzugehen, wie und in welcher Gestalt er dem Staatshaupte gegenübertritt. Das Staatsvolk in seiner Gesamtheit ist handlungsunfähig. Wenn es heisst, dass in den sogenannten Urdemokratien, einigen kleineren Landkantonen der Schweiz, das Volk selbst die Herrschaft ausübe, so handelt doch nur die Gesamtheit der Stimmberechtigten, also der männlichen Staatsbürger, soweit sie ein bestimmtes Alter erreicht haben und nicht durch einen der verfassungsmässigen Gründe vom Stimmrechte ausgeschlossen sind[1]). Diese Aktivbürgerschaft handelt auch für die nicht das Stimmrecht ausübenden und dadurch staatliche Funktionen wahrnehmenden Staatsbürger, sie vertritt das ganze Volk, ist Organ. Bei der Schwerfälligkeit, mit der die Aktivbürgerschaft nur zu handeln imstande ist, ist ihr Wirkungskreis im heutigen Staatsrechte sehr eingeschränkt. Sie tritt meist nur nach längeren Zeitperioden in Tätigkeit, wenn sie sich selbst Organe schafft; ausserdem in anderen Fällen in den Urdemokratien, neuerdings in der Schweiz in weiterem

[1]) Vgl. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. 1 S. 524, zu der Frage „wer das Volk sei“; daselbst S. 488 und 555 die gegen die verschiedenen Kreationsorgane sprechenden Bedenken.

Umfange vermöge der Initiative und des Referendum. So werden in den heutigen konstitutionellen Staaten Parlamente (Volksvertretungen im engeren Sinne) gewählt, teils direkt durch die Aktivbürger selbst, teils indirekt, indem die Aktivbürgerschaft Wahlmänner wählt, die dann die Mitglieder des Parlamentes wählen. Aktivbürgerschaft und Volksvertretung sind also zwei Organe des Staatsvolkes, erstere ein primäres, letztere ein sekundäres Organ.

Beide sind Repräsentanten des Staates, d. h. ihr Wille wird unmittelbar als Wille des Staates angesehen, so dass Repräsentant und repräsentierter Staat beide rechtlich als eine Person zu betrachten sind [1]. Die organische Theorie wendet auf die konstitutionelle Repräsentation den Begriff der unmittelbaren und notwendigen Organstellung [2] an. Doch vermag die Tatsache, dass das Volk nur durch bestellte Vertreter handelt und nicht anders handeln kann, ebenso auch wie andere angeführte Gründe die Richtigkeit der organischen Lehre nicht zu beweisen. Wenn eine (physische oder juristische) Person handlungsunfähig ist, so bedarf sie zur Willensbildung anderer physischer Personen, sie braucht darum nicht selbst ein Organismus zu sein. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob es wenigstens historisch oder theoretisch Staaten gibt, in denen das Gesamtvolk selbst ohne Organe handelnd auftritt. Die konstitutionelle Repräsentation ist zunächst nur eine nach den Verhältnissen und dem Umfange der heutigen Staaten notwendige und darum ständige staatsrechtliche organschaftliche Stellvertretung. Jedenfalls genügt vorläufig, wo es sich nur um die Eigenschaft von Aktivbürgerschaft und Parlament als Repräsentanten handelt, für unsere Zwecke diese Feststellung des Repräsentationsbegriffes. Das Verhältnis des Volkes zu seiner Repräsentation braucht weiter nicht rechtlich begründet zu werden. Die Existenz der beiden Repräsentanten ergibt sich aus der Verfassung des betreffenden Staates. Da sie ferner notwendige Staatsorgane sind, so werden sie uns auch

[1] Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 552.

[2] Über die unmittelbare Organstellung jedes Organs vgl. Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 67, 68.

hier begegnen, wo das republikanische Staatsoberhaupt in ein Verhältnis zum Staate tritt.

Die Repräsentation des Staatsvolkes steht dem Oberhaupte bei zwei, ihrem Charakter nach verschiedenen Gelegenheiten gegenüber, bei und nach der Begründung des Rechtsverhältnisses.

2. Bei der Begründung des Rechtsverhältnisses lassen sich wiederum drei Kreationsorgane unterscheiden, indem zu der Aktivbürgerschaft und dem Parlamente noch die Wahlmänner hinzutreten.

Die Aktivbürgerschaft zunächst wählt in Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft unter dem Namen Landsgemeinde den Landammann sowohl wie das ganze an der Spitze des Staates stehende Kollegium, in Uri Art. 52, Unterwalden ob dem Wald Art. 24, Unterwalden nid dem Wald Art. 38, Glarus Art. 48, Appenzell Ausser-Rhoden Art. 27 und Appenzell Inner-Rhoden Art. 20; die Landsgemeinde wird als die oberste, souveräne und gesetzgebende Behörde bezeichnet. Die Verfassung Delawares lässt ebenfalls die Staatsbürger das Staatshaupt wählen: The governor shall be chosen by the citizens of the State (Art. 3 Sekt. 2)[1]). Eine direkte Wahl durch das Volk findet ferner statt in Brasilien Art. 47, Peru, Salvador, Bolivia, Ecuador, Guatemala und Nicaragua.

In den Vereinigten Staaten von Amerika finden alle vier Jahre unter Beteiligung des Volkes die Wahlen des Präsidenten und des Vizepräsidenten statt. Das Volk wählt selbst nur die Wahlmänner (electors), welche ihrerseits erst das Staatshaupt wählen. Diese Bestimmung ist natürlich aus der Erwägung in die Verfassung aufgenommen worden, die Wahl des Staatshauptes nicht dem für politisch nicht reif erachteten Volke zu überlassen, sondern sie besonderen Vertrauensmännern zu übertragen. Heute machen allerdings die tatsächlichen Verhältnisse diese Absicht zunichte. Das Volk entscheidet sich schon bei der Wahl der Elektoren selbst für die Person des Präsidenten und gibt dementsprechend den als Wahlmännern

[1]) Bemerkenswert ist jedoch, dass nach der Verfassung von 1776 Art. 7 (Poore S. 274) der Präsident vom Parlament gewählt wurde.

Aufgestellten seine Stimme[1]; es ist bei der Wahl durch Elektoren möglich und auch schon vorgekommen, dass der Präsident von der Minorität des Volkes gewählt wird[2]. In den Verfassungen der nordamerikanischen Einzelstaaten findet sich ebenfalls (ausser in Delaware) durchgehends bestimmt: The governor shall be chosen by the electors (qualified electors) of the State. Auch in Mexiko, Argentinien, Chile nnd der Dominikanischen Republik wird indirekt gewählt[3].

Die Absicht, die Wahl des Staatshauptes der gesamten Volksmasse zu entziehen, wird besser erreicht, wenn die Wahl einem Organe übertragen ist, das nicht nur zum Zwecke der Wahl des Staatshauptes bestellt wird. Daher ist in vielen Republiken das Parlament, die Legislative, Kreationsorgan. In Frankreich (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 2 Abs. 1) treten Senat und Deputiertenkammer als assemblée nationale zusammen und wählen den Präsidenten; auch in Haiti (Art. 102) wird der Präsident durch die Nationalversammlung bestimmt. Ebenso können in der Eidgenossenschaft nur beide Abteilungen der Legislative, Nationalrat und Ständerat, zur Bundesversammlung vereint, den Bundespräsidenten benennen (Art. 98, 71). Sonst steht in der Schweiz nur einer der repräsentierenden Körperschaften die Wahl des obersten Landesbeamten zu. Meist ist es der grosse Rat, wie in den Kantonen Bern Art. 35, Luzern Art. 69, Freiburg Art. 51, Schaffhausen Art. 62, Aargau Art. 38, Turgau Art. 37, Wallis Art. 34, Graubünden Art. 25, Schwyz Art. 36, Zug Art. 46. In den Kantonen Zürich Art. 38, Solothurn Art. 33, Waadt Art. 57, Neuenburg Art. 44 und Genf Art. 73, wo der Regierungsrat (Conseil d'État) wählt, sowie in den deutschen Freien Städten (Hamburg Art. 17, Bremen § 30 Abs. 2, Lübeck Art. 14), in denen die Senate die Bürgermeister wählen, kreieren diese Exekutivkollegien das Oberhaupt aus ihrer Mitte.

---

[1] Fisk, Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika S. 21; v. Holst, Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika (Marquardsens Handbuch), Freiburg 1885, S. 48; Bryce, The American Commonwealth Bd. 1 S. 38.

[2] Cleveland, Presidential problems S. 12.

[3] Argentinien Art. 81 ff.; Mexiko Art. 76; Gothaischer Hofkalender nebst diplomatisch-statistischem Jahrbuch für 1907.

Die Kollegien selbst werden in den Kollegialrepubliken als Spitze des Staates gewählt entweder vom Volke (Zürich Art. 37, Tessin Art. 15) oder von der Legislative (wie von der eidgenössischen Bundesversammlung, Bern Art. 33). In den deutschen Freistaaten werden die Mitglieder des Senates durch Zusammenwirken von Senat und Bürgerschaft bestimmt (Lübeck Art. 7, Bremen § 22, Hamburg Art. 9). Senat und Bürgerschaft sind in ihrer Gesamtheit der Aktivbürgerschaft gleichzustellen; der Senat übt nicht etwa bei seiner Ergänzung eigene Rechte aus, sondern ist Repräsentant des Volkes, sowohl in gesetzgebenden wie in verwaltenden (z. B. bei der Senatorenwahl) Funktionen[1].

3. Nach der Wahl scheint der Staat mit seinen Organen dem Oberhaupte gegenüber zunächst zurückzutreten. Die Rolle derjenigen Repräsentanten, die lediglich Kreationsorgane sind, ist beendet. Die Funktionen der Wahlmänner hören also natürlicherweise auf. Die Rechte und Pflichten des republikanischen Staatsoberhauptes sind bereits in der Verfassung niedergelegt, das Staatsvolk hat daher die Stellung seines Oberhauptes nicht mehr im einzelnen zu bestimmen, es wird sie auch nur selten abzuändern suchen. Die erwähnten Repräsentanten des Staatsvolkes, Aktivbürgerschaft und Parlament — insbesondere das Parlament, die Volksvertretung im engeren Sinne —, nehmen nunmehr nur noch Funktionen wahr, die zusammen herkömmlicherweise als die der Legislative bezeichnet werden, wenn sie auch nicht nur gesetzgebende, sondern auch verwaltende und richterliche Funktionen umfassen. Hiervon wird unten im Zusammenhange mit den anderen Staatsorganen und der Kompetenz des Staatshauptes zu sprechen sein.

Nach einigen Verfassungen hat die Legislative durch Entgegennahme der Demission des Staatshauptes Anteil an der Lösung des Rechtsverhältnisses.

Aktivbürgerschaft, Wahlmänner und Parlament (Legislative) repräsentieren den Staat in seinem Verhältnisse zum republikanischen Staatsoberhaupte.

[1] Vgl. dagegen Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 714 Anm. 2.

§ 5. Die Begründung der Stellung durch die Wahl.

I. Um genauer den Begriff des republikanischen Staatshauptes und sein Verhältnis zum Staate festzustellen, müssen wir uns zunächst vergegenwärtigen, wie das Staatshaupt zu seiner Stellung gelangt, und welche rechtliche Folgen sich daran knüpfen.

1. Die Legitimation als republikanisches Staatsoberhaupt wird erworben durch die auf Grund der Verfassung vorgenommene Wahl durch eines der eben besprochenen Kreationsorgane. Es ist zwar möglich, dass ein Präsident durch Gewalt in den Besitz der höchsten Staatsgewalt gelangt und in der Folgezeit die Funktionen nach Massgabe der Verfassung ausübt, doch gibt es rechtlich nur die eine Möglichkeit, die Stellung eines republikanischen Staatschefs zu erlangen, die verfassungsmässige Wahl. Kein republikanisches Grundgesetz kennt heute Erblichkeit dieser Würde.

2. Der Wahlvorgang wird meist in den Verfassungsurkunden, teils aber auch in besonderen Wahlgesetzen dargestellt. Die Aufstellung der Präsidentschaftskandidaten hat nicht eine verfassungsmässige Regelung gefunden; sie bleibt den politischen Parteien überlassen [1]). Die Schweizer Bundes- und Kantonsverfassungen enthalten keine Bestimmungen über das Wahlverfahren; es heisst: der Präsident wird gewählt, der Regierungsrat wählt den Landammann. Nur Appenzell Ausser-Rhoden Art. 27 bemerkt, dass die Landsgemeinde „auf freien Vorschlag“ den Landammann ernennt. Es wird anzunehmen sein, dass die Wahl, wie es bei der Natur der Kreationsorgane möglich ist, in einfachen Formen vor sich geht. Dasselbe gilt von der Wahl der hanseatischen Bürgermeister, während für die Wahl der Senatsmitglieder genaue Vorschriften in den Verfassungen sich finden. Auch das französische Grundgesetz (vom 25. Februar 1875 Art. 2) fordert nur absolute Majorität für eine erfolgreiche Wahl.

---

[1]) In der Verfassung des ehemaligen Oranjefreistaates Art. 29 (Dareste, Constitutions modernes Bd. 2 S. 559) findet sich angeordnet, dass der Volksraad ein oder mehrere Personen den stimmberechtigten Bürgern zur Wahl vorschlagen solle.

Eingehendere Vorschriften sind dagegen notwendig, wenn, wie in den amerikanischen Freistaaten, an der Wahl des Staatshauptes alle stimmberechtigten Bürger beteiligt sind. In den nordamerikanischen Republiken werden die Ergebnisse der Abstimmungen der Elektoren nach der Hauptstadt gesandt, wo der Sprecher des Repräsentantenhauses sie in Gegenwart des Parlamentes öffnet und nach der für eine Person abgegebenen höchsten Stimmenzahl den Gewählten feststellt. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Parlament, das in diesem Falle somit auch in Nordamerika zum Kreationsorgane wird. Es kommt auch vor, dass das Los oder das höhere Alter den Ausschlag gibt [1]).

3. Durch die Wahl erlangt das Staatsoberhaupt den Umfang der durch die Verfassung der betreffenden Republik näher festgesetzten Rechte und Pflichten. Unmittelbar geschieht dies in denjenigen Republiken, in denen bei einem Fortfalle des Präsidenten vor Ablauf der Amtsperiode sofort eine Neuwahl stattfindet und einem Anfang der Amtszeit nichts weiter entgegensteht, wie z. B. in Frankreich. Sonst beginnen natürlich die Funktionen des neuen Präsidenten erst nach Ablauf der Amtsperiode seines Vorgängers. Für den Wechsel des Staatshauptes, den Anfang des „political year" (Massachusetts Amendment X) sind in manchen Verfassungen bestimmte Tage vorgeschrieben, z. B. der zweite Dienstag des Januar nach Beendigung der Wahl in Colorado (Art. 4 Sekt. 1), der erste Mittwoch des Mai in Connecticut (Art. 4 Sekt. 1), der dritte Dienstag im Januar in Delaware (Art. 3 Sekt. 3), der zweite Montag des Januar in Kansas (Art. 1 Sekt. 1). Ist in den Vereinigten Staaten von Amerika die Wahl nicht bis zum 4. März beendet, so wird der Vizepräsident Staatshaupt [2]). In Hamburg fällt die Amtszeit des vorsitzenden Bürgermeisters mit dem Kalenderjahr zusammen [3]).

---

[1]) Vereinigte Staaten von Amerika Verf. Art. II Sekt. 1, Alabama V 4, Arkansas VI 3, California V 4, Georgia IV 2, New York IV 3, Brasilien Art. 47. Für Mexiko besteht ein besonderes Wahlgesetz (Dareste, Les constitutions modernes Bd. 2 S. 467, 478); Argentinien Art. 81 ff.

[2]) Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat S. 235.

[3]) Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S 82.

4. In verschiedenen Grundgesetzen wird die Leistung eines Eides verlangt, wenn der Gewählte seine Funktionen als Staatshaupt wahrzunehmen beginnt. Dies ist der Fall in den Vereinigten Staaten von Amerika (Art. 2 Sekt. 1 § 7), in denen der Eid lautet: I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States. Eine ähnliche Eidesformel findet sich z. B. in den Verfassungen von Georgia Art. 4 Sekt. 5, Illinois Art. 5 Sekt. 25 und Minnesota Art. 5 Sekt. 8; die Governors schwören, die Verfassung des Staates und die des Bundes beobachten zu wollen. Ferner ist der Eid vorgeschrieben in Mexiko (Art. 83), Argentinien (Art. 80), Brasilien (Art. 44), Kolumbien (Art. 116), Haiti (Art. 106), Chile (Art. 71, wo der Präsident verspricht, die römisch-katholische Religion, die Unabhängigkeit und Integrität der Republik und die Verfassung schützen zu wollen). Der Eid wird gewöhnlich durch den Präsidenten einer der Kammern oder des obersten Gerichtshofes in Gegenwart des gesamten Parlamentes abgenommen. In den Kollegialrepubliken wird von den Staatshäuptern ausser dem Eide, den sie als Mitglieder des obersten Regierungskollegiums zu leisten haben, kein besonderer Eid verlangt. Für die Freien Städte finden sich die Eidesformeln in den Grundgesetzen von Lübeck Art. 10, Bremen § 26 (und Gesetz den Senat betreffend § 18), Hamburg Art. 15.

Dies Erfordernis hat jedoch für die Begründung der Stellung des Staatshauptes keine konstitutive Bedeutung. Der Eid soll einerseits, vor der Volksvertretung geleistet, dem Volke das Gefühl der Sicherheit, dass seine Rechte unangetastet bleiben werden, geben, andererseits in dem Staatshaupte selbst das Gefühl seiner Verantwortung und seiner Pflichten dem Volke gegenüber stärken[1]). Dass dem Eide in derartigen Fällen, dem Be-

[1]) Vgl. Story, Commentaries on the constitution of the United States, 4. Aufl., Bd. 2 S. 313. Mit der jetzt herrschenden Meinung betont Bornhak, Preussisches Staatsrecht, 1888, Bd. 1 S. 183, dass die Eidesleistung des preussischen Königs rechtlich gleichgültig sei und nur eine moralische Garantie für die gesetzmässige Regierung bilde. Übersicht und Kritik der Ansichten bei Schwartz, Verfassungsurkunde für den preuss. Staat S. 156—158.

amteneide, dem Eide des Monarchen auf die Verfassung, dem Huldigungseide, dem Treueide des Soldaten, keine besondere rechtsbegründende Wirkung mehr zukommt, entspricht der Anschauung des heutigen öffentlichen Rechtes, das Anfang, Rechte und Pflichten einer entsprechenden Stellung aus anderen Akten herleitet. Wenn z. B. die Verfassung der Vereinigten Staaten Art. 2 Sekt. 1 nur bestimmt: The person having the greatest number of votes shall be the President, so ist mit Feststellung des Wahlergebnisses die betreffende Person ausreichend als Präsident und Staatsoberhaupt legitimiert. Ich halte daher auch nicht[1]) die Leistung des Präsidenteneides für eine Voraussetzung für die Vornahme von Regierungsakten, so dass vor der Leistung vorgenommene Handlungen keine Regierungsakte wären und nicht vom Präsidenten verantwortet zu werden brauchten. Eine Eidesverweigerung verstösst jedoch gegen eine ausdrückliche Verfassungsvorschrift und stellt eine Verletzung der Pflichten des Gewählten und darum als Staatshaupt Anzusehenden dar. Da die nordamerikanische Verfassung die zum Impeachment führenden Staatsvergehen nicht einzeln aufführt, sondern nur umfassende Bezeichnungen kennt[2]), so wäre hier m. E. die Verweigerung des Präsidenteneides als Verfassungsverletzung im Wege des Impeachment verfolgbar. Wenn einmal das republikanische Staatsoberhaupt verfassungsmässig gewählt ist, so ist es zur Wahrnehmung seiner Funktionen berechtigt und verpflichtet. Es findet sich keine Handhabe, ihn hiervon fernzuhalten, ebensowenig wie eine andere Verfassungsverletzung ohne weiteres den Verlust des Amtes nach sich zieht. Das könnte nur angenommen werden, wie die Beispiele einzelner monarchischer Staaten zeigen, wo nach positiver Verfassungsvorschrift der König vor der Eidesleistung keine Regierungsrechte ausüben darf[3]).

---

[1]) wie Steinbach (Die rechtliche Stellung des deutschen Kaisers verglichen mit der des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika, Leipzig 1903, S. 16, 26) meint; vgl. auch Bornhak a. a. O. S. 184 Anm. 5 gegen Rönne.

[2]) Vgl. allerdings über eine enge Interpretation der high crimes and misdemeanors Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, Zürich 1904, S. 38, 39.

[3]) Nach dem Vorbilde der belgischen Verfassung Art. 79 auch in

5. Die Rechtsstellung des Oberhauptes einer Republik gründet sich also nur auf die verfassungsmässige Wahl. Das Oberhaupt gelangt dadurch, dass die Wahl von Repräsentanten des Gesamtvolkes vorgenommen wird, dem Staate gegenüber in eine abhängige Lage, die sowohl politischer wie rechtlicher Natur ist. Die Beziehungen zwischen Staat und Oberhaupt bleiben auch nach Begründung des Rechtsverhältnisses bestehen, doch erscheint seine Stellung weiterhin, da sie sich im einzelnen auf die Verfassung stützt, selbständiger und der eines konstitutionellen Monarchen ähnlich, so dass auch das Staatshaupt in der Republik als Herrscher angesehen worden ist.

Wie jedoch die Reihe der vertretenen Ansichten zeigt, ergibt sich weder aus der tatsächlichen Stellung innerhalb des Staatsganzen noch aus der Wahl unmittelbar und zwingend der Begriff des republikanischen Staatsoberhauptes.

II. Ein Begriff[1]) ist „eine abstrakte Zusammenfassung einer Reihe konkreter Erscheinungen nach einem ihnen allen gemeinsamen Merkmale". Die Art und Weise, wie das Verhältnis zwischen den Erscheinungen und dem Begriffe zwecks dessen Feststellung hergestellt wird, kann bekanntlich eine doppelte sein. Man geht induktiv zu Werke, wenn man aus einer möglichst grossen Reihe gegebener Erscheinungen die diesen gemeinsamen Merkmale heraushebt und aus ihnen den Begriff zusammensetzt. Man verfährt deduktiv, wenn man einen bestimmten Begriff als feststehend annimmt und von ihm ausgehend, eine Reihe von Erscheinungen daraufhin prüft, ob sie unter diesen Begriff fallen, also die im Begriffe schon zusammengefassten Merkmale enthalten oder nicht.

1. Bei einem induktiven Vorgehen müssten wir also aus den einzelnen Verfassungsbestimmungen Begriffsmerkmale heraussuchen und zu dem Schlusse zu kommen trachten: bei dem Vorhandensein dieser und jener Merkmale kann das republikanische Staatshaupt nur ein Herrscher, Beamter, Mandatar

Sachsen-Koburg-Gotha Staatsgrundgesetz § 159 und in Oldenburg Staatsgrundgesetz Art. 197; unklar Reuss ä. L. Verfassung § 88 (Abdruck in Stoerks Handbuch d. deutschen Verfassungen). Vgl. im übrigen Meyer, Lehrbuch d. deutschen Staatsrechts (6. Aufl.) § 91 Anm. 9 und 10.

[1]) nach Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S. 3.

oder sonst ein anderer Begriff, auf den diese Merkmale passen, sein. Die Verfassungsbestimmungen gewähren in dieser Hinsicht nun aber nur eine geringe Ausbeute. Sie begnügen sich — ein Gesetz soll ja auch kein Lehrbuch sein — meist damit, eine Aufzählung der Rechte und Pflichten des Staatshauptes zu geben, wie die Beamtenernennung, Berufung der Kammern, Ausschreiben der Wahlen, Veröffentlichung der Gesetze, Oberbefehl über die bewaffnete Macht, Begnadigungsrecht. Hieraus würde sich ohne Mühe der Schluss ziehen lassen, dass der Präsident bei einer herrschergleichen Stellung Monarch sein müsse, was jedoch den aus den bisherigen grundlegenden Erörterungen gewonnenen Ergebnissen widerspricht. Die Verfassung, und, wie eben gezeigt, auch die Begründung des Verhältnisses durch die Wahl und die tatsächliche Stellung des Oberhauptes führen auf induktivem Wege nicht zu dem gesuchten Begriffe hin.

2. Wir werden daher besser die deduktive Methode anwenden, haben also den festzustellenden Begriff als gegeben anzunehmen und zu sehen, ob dessen Merkmalen die Rechtsstellung des Staatshauptes entspricht.

In der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, die im zweiten Artikel die Exekutivgewalt des Präsidenten behandelt, heisst es bezüglich des Impeachments in der Sektion 4 dieses Artikels: The President, Vicepresident, and all civil officers of the United States shall etc. Nach der Fassung des Textes wäre an und für sich der Präsident in einen Gegensatz zu den Zivilbeamten gestellt, wie dies auch behauptet worden ist. Man nimmt jedoch wohl mit Recht an, dass dem Sinne nach zwischen all und civil officers ein other einzuschieben ist; es hiesse dann „der Präsident und alle andern Zivilbeamten“ [1]). Das Wort Amt in Verbindung mit dem Präsidenten findet sich auch sonst in dieser Verfassung: Art. 2 Sekt. 1 § 1: He shall hold his office during the term of four years . . . § 5: In case of the removal of the President from

[1]) So auch Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Zürich 1867/72/76, S. 221, und Schlief, Die Verfassung der nordamerikanischen Union, in der Übersetzung der Verfassungsurkunde, S. 474.

office . . . or inability to discharge the prowers and duties of the said office . . . § 8: Before he enters on the execution of his office . . . und schliesslich in der Eidesformel: . . . I will faitfully execute the office of President of the United States. Auch die Grundgesetze der nordamerikanischen Gliedstaaten sprechen in vielen ähnlichen Bestimmungen von dem Governor als officer und magistrate, z. B. Alabama Art. 5 Sekt. 2: . . . shall be vested in a chief magistrate . . .; Louisiana Art. 49: No person shall be eligible to the office of governor . . .; Ohio Art. 3 Sekt. 3: . . . the officers named in the foregoing section. Ferner die Kollegialrepubliken: Schweizer Bundesverfassung Art. 97: Die Mitglieder des Bundesrates dürfen keine andere Beamtung . .; Zürich Art. 39: Das Amt eines Mitgliedes des Regierungsrates . . .; Basel Landschaft § 67: Die Amtsdauer der Regierungsräte . . .; Lübeck Art. 11: Die Mitglieder des Senates bekleiden ihr Amt lebenslänglich; Art. 14: Der Vorsitzende des Senates . . . führt während dieser Amtsführung den Titel Bürgermeister; Bremen § 30: Geht ein Bürgermeister während seiner Amtsführung ab . . . Dieser bekleidet alsdann das Amt . . .; Hamburg Art. 13: Mit dem Amte eines Senatsmitgliedes ist jedes andere öffentliche Amt . . . unvereinbar.

III. Wenn die republikanischen Verfassungen auch nicht ausführlich genug gehalten sind, um aus ihnen eindeutig den Begriff des Staatshauptes als eines Beamten zu bestimmen, so geben die angeführten Stellen immerhin einen Hinweis für die weitere Untersuchung; es muss noch festgestellt werden, ob der Begriff des Oberhauptes der Republik sich mit dem des Staatsbeamten deckt, ob der Beamtenbegriff den positiven Verfassungsbestimmungen und der tatsächlichen Stellung entspricht.

Ein Beamter ist eine Einzelperson, die zu einer Person oder Personenmehrheit in einem dauernden, auf beiden Seiten Rechte und Pflichten erzeugenden Abhängigkeitsverhältnisse steht [1]). Der Beamtenbegriff ist also enger als der Begriff des Organs, da das Beamtenverhältnis durch gewisse vereinbarte

[1]) Eine Reihe von Definitionen des Beamten findet sich bei Müller, Preussische Justizverwaltung, 5. Aufl., Berlin 1901, Bd. 1 S. 98, zusammengestellt.

oder gesetzliche Normen geregelt und von einer gewissen Dauer ist; die Organschaft erfordert diese beiden Eigenschaften nicht. Ein Staatsbeamter ist insbesondere eine Einzelperson, die zum Staate in einem dauernden Abhängigkeitsverhältnisse steht und staatliche Funktionen innerhalb eines abgegrenzten Wirkungskreises wahrnimmt [1]).

1. Ein Staatsbeamter gelangt zu seiner Stellung durch Ernennung oder durch Wahl. Die Ernennung setzt gewöhnlich eine einzige Person voraus, die — unter Umständen mit Zustimmung eines anderen Faktors wie des Senates in den Vereinigten Staaten von Amerika — ernennt, d. h. welche die Persönlichkeit, die sie in die betreffende Stellung bringen will, mit der Wirkung namhaft macht, dass diese Persönlichkeit unmittelbar durch die Ernennung zu der Stellung bestimmt wird. Eine Personengemeinschaft, wie das Parlament oder die Aktivbürgerschaft, dagegen wählt, d. h. jedes Mitglied bezeichnet die zu kreierende Person, es findet eine Abstimmung statt, und erst nach deren Ergebnis bestimmt sich die kreierte Persönlichkeit. Ein anderer Unterschied zwischen Ernennung und Wahl lässt sich nicht aufweisen. Der Sprachgebrauch kennt allerdings auch ein Ernennen durch eine Personenmehrheit, z. B. Art. 96 der Schweizer Bundesverfassung: Die Mitglieder des Bundesrates werden von der Bundesversammlung . . . ernannt; sogar „nominati dal popolo“ (Tessin Art. 15). Dies zeigt nur, wie wenig tief der Unterschied zwischen Ernennung und Wahl ist. Beide können als genauere Bezeichnungen für den allgemeinen Ausdruck der Bestellung als Staatsbeamter angesehen werden.

2. Was ist nun aber der die Rechtsstellung begründende Akt der Ernennung und Wahl, worin liegt das ausschlaggebende Moment? Die Willensäusserung des Staatsvolkes oder des sonstigen ernennenden oder wählenden Faktors kann die Wirkung haben, entweder, dass nur sie allein das Beamtenverhältnis begründet, oder dass sie nur den Willen

[1]) Über die Begriffe Staatsamt und Staatsbeamter vgl. Hübler, Die Organisation der Verwaltung S. 2 ff.; Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886, S. 27; Loening, Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, 1884, § 24.

dieses Faktors kundgibt, dem gegenüber der zum Beamten zu Bestellende seinerseits noch seinen Willen erklären muss. Für jenes würden z. B. eine überreichte Bestallungsurkunde oder die äusseren Formen bei der Ernennung eines Staatsbeamten durch das Staatshaupt sprechen; auf einen Vertragsschluss deuten die einer Bestellung vorhergehenden Verhandlungen und die ausdrücklich erklärte Annahme der Wahl hin. Die umfangreiche Literatur[1]) über die rechtliche Natur des Beamten- und Staatsdienstverhältnisses, die allerdings meist die Verhältnisse in monarchischen, nicht republikanischen Staaten im Auge hat, schwankt dementsprechend zwischen der Annahme eines einseitigen Bestellungsaktes, eines Verwaltungsaktes, und eines zweiseitigen Vertrages, Dienstvertrages oder öffentlichrechtlichen Vertrages. Aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich für unsere Aufgabe die Bestimmung des Zeitpunktes, mit dem das Oberhaupt der Republik seine Stellung erlangt, mit der erfolgten Wahl oder erst mit der Annahme des Amtes.

Die Auffassung des Staatsbeamten als eines Privatbeamten des absoluten Monarchen auf der Grundlage eines zwischen beiden bestehenden Dienstvertrages wird jetzt, da sie allgemein staatsrechtlichen Anschauungen widerstreitet, nicht mehr vertreten[2]). Von den erwähnenswerten Theorien[3]), die zum Teil schon der Geschichte angehören, sei zunächst angeführt die

---

[1]) Siehe die Bibliographie bei Nézard, Théorie juridique de la fonction publique, Paris 1901, S. 7 ff. Vgl. auch Frhr. v. Stengel in seinem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II 701 fg.

[2]) Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 22: „Im absoluten Staate ist ein rein privatrechtlicher Vertrag zwischen der Individualperson des Herrn und des Dieners die Grundlage des Rechtsverhältnisses, mag man diesen Vertrag als precarium, als locatio conductio operarum oder sonstwie konstruieren".

[3]) Vgl. hierzu Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in den Annalen des Deutschen Reiches, 1884, S. 565, 1885, S. 65 ff.; Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 17 ff.; Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, im Archiv f. öff. Recht, 1883, Bd. 3 S. 26 ff.; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., Bd. 1 S. 405, 406, 412 ff.; Duguit, L'État, les gouvernants et les agents S. 393 ff.; Labands Kritik zu Duguit, L'État, im Archiv f. öff. Recht, 1903, Bd. 18 S. 92 ff.

von Seuffert vertretene Lehre, nach der dadurch, dass der Ernannte seine Pflicht zur Übernahme anzuerkennen hat, eine Art Anstellungsvertrag zustande kommt; sodann die Lehre Gönners, der die Übernahme des Amtes für eine öffentliche Pflicht erklärt und deshalb die Anerkennung für entbehrlich hält, nur mit Ausländern wird nach ihm ein Vertrag geschlossen. Seydel und Laband nehmen wiederum die vollen Merkmale des Vertragsbegriffes für das Staatsdienstverhältnis in Anspruch. Laband nimmt ein öffentliches Dienstverhältnis an, das er jedoch von der Amtsführung selbst unterscheidet; Loening kommt zu dem Begriffe eines öffentlichrechtlichen Vertrages [1]). Mayer fasst die Übernahme eines Amtes als die Übernahme eines Mandates auf, eine Ansicht, die schon in der älteren Literatur häufig vertreten sei. Er verwahrt sich gegen den dieser Theorie gemachten Vorwurf, dass sie ungerechtfertigt einen privatrechtlichen Begriff benutze; denn das Rechtsinstitut des Mandates gehöre keineswegs ausschliesslich dem Privatrechte an [2]). Den Anspruch auf Gehalt lässt Mayer nicht aus dem Mandatsverhältnisse, sondern als dessen Folge entstehen; diese Unterscheidung hat wohl nicht die ihr beigelegte Bedeutung. Sodann hat Mayer [3]) die Anstellung im Staatsdienste als das Hauptbeispiel des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung untersucht. Für ein aus einseitigem Verwaltungsakt und Vertrag gemischtes Rechtsinstitut spricht sich Rehm [4]) aus.

---

[1]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 119.

[2]) Ähnlich tadelt Bernatzik, Die juristische Persönlichkeit der Behörden S. 10, durchaus berechtigt die falsche Systematik, nach der dem gesamten Rechtsgebiete angehörende Materien nur im Privatrechte behandelt werden. Fleischmann, Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilicher Strassensperrung (Sonderabdruck aus Egers Zeitschrift für Eisenbahnrecht, 1904/05, S. 26) betont die „gemeinsame Wurzel der durch die Systematik gespaltenen Teile des Rechtslebens“ und spricht von „Gesichtspunkten, die nur herkömmlich in dem reicher angebauten Zivilrechtssysteme ihre Formulierung gefunden, dem Wesen nach aber allgemeine Bedeutung haben“.

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895/96, Bd. 1 S. 98, Bd. 2 S. 195, 220, 221 (vgl. auch unten S. 95).

[4]) Vgl. S. 87 Anm. 3.

3. Die Verfassungen bieten in bezug auf das republikanische Staatshaupt keinen Anhalt dafür, dass seine Stellung nur bei einer ausdrücklichen Annahme der Wahl begründet wird. Im Gegenteil bestimmt z. B. die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika kurzweg: The person having the greatest number of votes shall be the President.

Der Staat erscheint nach innen hin den Staatsbürgern gegenüber grundsätzlich als mit übergeordneter Gewalt begabt. Er hat die Macht, die Einzelpersonen zur Ausführung seines Willens zu berufen und kann im konkreten Falle den Gewählten zum Antritte seines Amtes zwingen. Die Grundlage dieser allgemeinen Staatsdienstpflicht oder, genauer gesagt, zunächst Dienstübernahmepflicht, ist die Erkenntnis der Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gesamtheit. So nimmt sie Preuss[1]) an als allgemeine Dienstpflicht der Gliedperson gegenüber der Gesamtperson, als Steigerung des Status und Qualifizierung der Organperson, im Gegensatze zu dem von den älteren Theorien statuierten Prinzipe einer allgemeinen Staatsdienstpflicht, das „im Banne des absoluten Fürstenstaates zu der Unerträglichkeit einer Art von allgemeinem Zwangsgesindedienste der Untertanen" führen musste. Er spricht zwar weiterhin von einer naiven Ableitung der Existenz des ganzen Beamtentums aus der physischen Unzulänglichkeit des herrschenden Individuums und von dem „tiefsinnigen Grundgedanken, dass der Monarch leider nicht alle öffentlichen Geschäfte allein erledigen könne und sich deshalb die Beamten als Werkzeuge und Gehilfen zulegen müsse" [2]); doch ist gegen die organische Lehre zu sagen, dass aus der Eigenschaft als Organ noch nicht die Notwendigkeit der Existenz jedes Organs folgt und dass der Bestellungsakt nicht unberücksichtigt bleiben darf.

Es besteht also grundsätzlich eine Dienstübernahmepflicht[3]). Der Staat kann jeden Staatsangehörigen zwingen, ihm zugewiesene staatliche Funktionen wahrzunehmen. Sowenig es ein Recht auf Organschaft gibt, sowenig gibt es

[1]) Städtisches Amtsrecht, S. 45.

[2]) S. 56.

[3]) Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts S. 116 Anm. 3, hält die Dienstübernahmepflicht für den Beamtenbegriff für unerheblich.

ein Recht, sich dem Staate gegenüber seiner Pflichten als Organ zu entziehen. Die Übertragung eines Amtes ist nur an einen einseitigen Akt der Staatsgewalt gebunden und grundsätzlich nicht von einer Zustimmung des Ernannten abhängig. Etwas anderes ist es aber, ob der Staat von der ihm grundsätzlich zustehenden Gewalt Gebrauch macht. Wenn praktisch bei der Übernahme eines Amtes, besonders eines Berufsamtes ein Zwang nicht angewendet wird, so liegt dies darin begründet, dass es zur Ausfüllung eines Berufsamtes gewöhnlich besonderer Qualifikation bedarf und der Staat bei dem genügend vorhandenen Angebot sich nicht veranlasst sieht, unter seinen Angehörigen Organe zur Wahrnehmung staatlicher Funktionen zu zwingen. Die Anstellung eines Berufsbeamten mag daher oft in den Formen eines Vertrages vor sich gehen. Es ist anzunehmen, dass der Staat, auch wo er nicht ausdrücklich dies bestimmt hat, auf seine grundsätzlichen Rechte in dieser Beziehung verzichtet hat und dass er nicht verlangt, dass der Bestellte wider seinen Willen ein Amt antritt [1]).

Das republikanische Staatshaupt gelangt somit zu seiner Stellung nur durch die Wahl als einziges ausreichendes Erfordernis; eine Annahme der Wahl ist nicht notwendig. Daraus folgt, dass der Gewählte, wenn er stirbt, ehe er sein Amt angetreten oder seinen Willen, das Amt zu übernehmen, kundgetan hat, oder auch ohne dass er den Amtseid geleistet hat, als Staatsoberhaupt oder als Mitglied des Regierungskollegiums stirbt, so dass Ansprüche für die Hinterbliebenen bestehen können. Eine Erklärung der Annahme der Wahl hat nur insofern Bedeutung, als der Gewählte dadurch zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte, die Wahl abzulehnen, keinen Gebrauch machen will [2]).

[1]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 220: „der Verfassungsstaat lässt mangels einer gesetzlichen Grundlage einen solchen einseitigen Eingriff in die Freiheit nicht zu"; Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht (3. Aufl.) Bd. 2 S. 31: „. . . die in Deutschland zum positiven Rechtssatze gewordene Überzeugung, dass niemand zur Übernahme eines Staatsamtes gezwungen werden kann".

[2]) Affolter, Staat und Recht, in den Annalen 1903 S. 128: Die Annahme der Wahl ist keine Vertragserklärung, sondern gehört lediglich zum Tatbestande der Individualisation (der Bestimmung des Einzelorgans).

Dieses Ablehnungsrecht ist zwar meist in den Verfassungen nicht ausdrücklich erwähnt. Nur bezüglich der Wahl zum Mitgliede des Senates bestimmen Lübeck Art. 9 und Bremen § 24 Abs. 2, dass eine Verpflichtung zur Annahme der Wahl nicht stattfindet und dass der Austritt aus dem Senate jederzeit freisteht. Diese Erlaubnis ist jedoch wohl nur wegen des in den Hansestädten früher und zum Teil noch jetzt bestehenden Amtszwanges ausdrücklich vorgesehen. Das Ablehnungsrecht wird aber auch in anderen Republiken als ein Satz des Konventionalrechtes nicht zu bestreiten sein. Dies wird um so mehr zutreffen, als der Zwang zum Amtsantritte in zwei Verfassungen ausdrücklich ausgesprochen ist. Die Verfassung Bremens (§ 30 Abs. 6) setzt bezüglich der Wahl des Bürgermeisters fest: „Eine Ablehnung der Wahl oder ein Austritt vor beendigter Amtsführung kann nur mit Zustimmung des Senates geschehen". Hamburg (Art. 9 am Ende) bestimmt: „Die Wahl zum Senatsmitgliede muss von dem Erwählten angenommen werden. Die Weigerung zieht den Verlust des Bürgerrechtes sowie der öffentlichen Ämter und Ehrenstellen nach sich". Seelig[1]) ist der Meinung, dass dieser Amtszwang sich nicht verteidigen lasse; von Melle[2]) bemerkt, dass die Idee des Amtszwanges ersichtlich eine Konsequenz der antiken Staatsauffassung sei; die betreffende Vorschrift erinnert an ähnliche Bestimmungen in einzelnen antiken Republiken; sie stamme aus alter Zeit. Es ist zwar wahr, dass die Bestimmung der Hamburger Verfassung unzeitgemäss und unbillig erscheint. Sie ist aber in erster Linie als eine Konsequenz des grundsätzlich zwischen dem Staat und dem Staatsbeamten bestehenden Rechtsverhältnisses anzusehen.

§ 6. Inhalt und rechtliche Wirkungen des Staatsbeamtenverhältnisses.

I. Das Verhältnis des republikanischen Staatsoberhauptes wie des Staatsbeamten überhaupt zum Staate ist durch die Verfassung und andere Gesetze rechtlich normiert. Es ist also

---

[1]) Hamburgisches Staatsrecht S. 80.

[2]) Das Hamburgische Staatsrecht S. 65.

ein Rechtsverhältnis und nun als Staatsbeamtenverhältnis oder Staatsdienst nach seinem Inhalt und rechtlichen Wirkungen zu untersuchen. Bornhak[1]) betont zwar: „Das Wesen des Staatsdienstes lässt sich nicht aus allgemeinen Abstraktionen, sondern wie jedes andere Rechtsinstitut nur aus dem jeweilig geltenden positiven Rechte entwickeln". Doch zeigt das Ergebnis des vorhergehenden Paragraphen bereits, dass eine Zusammenstellung von Verfassungsbestimmungen nicht weit führen würde. Zu der wichtigen Frage, ob das gewählte Oberhaupt die Wahl annehmen muss oder nicht, würde sich z. B. nur feststellen lassen, dass in Bremen und Hamburg die Wahl nicht abgelehnt werden kann, weitere Bestimmungen enthält das geschriebene Verfassungsrecht nicht. Die Rechtsstellung des Staatshauptes der Republik soll daher weiterhin auf der breiteren Grundlage des Staatsbeamtenverhältnisses untersucht werden; um jedoch dieses Rechtsinstitut zu erschöpfen, wird man Erörterungen allgemeiner Natur neben einer gebührenden Berücksichtigung des gesetzten Rechtes doch wohl nicht entbehren können.

Ein Rechtsverhältnis kann sein ein Forderungsverhältnis oder ein Gewaltverhältnis.

Den Unterschied zwischen beiden bestimmt Rehm[2]) dahin, dass bei den Forderungsrechten der Berechtigte nur deshalb seine Macht gegenüber dem Verpflichteten geltend machen kann, weil dieser ihm aus eigenem Willen das Recht eingeräumt hat, während bei den Gewaltrechten die rechtliche Willensmacht des Berechtigten nicht auch auf den Willen des Verpflichteten als ihre rechtliche Kraft zurückgeht, sondern ihren Grund nur in ihrer eigenen Kraft hat. Demnach ist die Willensäusserung der herrschenden Person der Befehl, die der gleichberechtigten die Forderung[3]). In bezug auf das Forderungsrecht führt Rehm[4]) weiter aus, dass es auch im öffentlichen Rechte einen Vertrag gebe. Es sei nicht ohne weiteres der Vertrag nur dem privaten Rechte zuzuweisen. Das unter-

[1]) Preussisches Staatsrecht, Freiburg 1889, Bd. 2 S. 19.

[2]) Annalen 1885 S. 151 ff. (im Anschlusse an Rosin, Souveränität S. 91).

[3]) Vgl. auch Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 92, 89.

[4]) a. a. O. S. 113 ff.

scheidende Merkmal zwischen Vertrag und Verfügung sei die Möglichkeit oder Nichtmöglichkeit einseitiger rechtlicher Bindung einer Person durch eine andere. Nach dieser Definition wäre das Staatsdienstverhältnis ein Vertrag, da fast durchgängig in praxi und nach Konventionalrecht niemand gezwungen wird, Staatsbeamter zu werden, so dass in der Tat regelmässig duorum consensus in idem placitum, das Merkmal des gleichberechtigten Vertragsverhältnisses vorliegt. Doch bestehen, wie gesagt, auch gegenteilige Verfassungsbestimmungen; ausserdem wird, wie im vorigen Paragraphen festgestellt ist, die Ansicht, die Zustimmung des Gewählten habe rechtliche Bedeutung, durch das Gesetz, besonders die Verfassung, nicht gestützt. Ferner ist gegen Rehms Kriterium noch zu bemerken, dass Forderungsrechte auch gegen den Willen des Verpflichteten entstehen können, z. B. aus unerlaubten Handlungen, und dass andererseits ein Gewaltverhältnis auch durch Vertrag begründet werden kann, z. B. durch Adoption.

Ein besseres Merkmal für das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses gibt Preuss[1]) an: es müsse stets die gedankliche Möglichkeit gegeben sein, die Parteirollen der Kontrahenten zu vertauschen. Der Verkäufer kann Käufer, der Gläubiger Schuldner sein; eine Person kann sowohl die eine wie die andere Eigenschaft erwerben, und zwar geschieht das auch nur mit ihrem eigenen Willen. Doch greift dieses Unterscheidungsmerkmal z. B. bei der Ehe nicht durch.

Es wird vorzuziehen sein und auch genügen, unter Verzicht auf andere Unterscheidungsmerkmale nur auf die Bezeichnung der beiden Arten von Rechtsverhältnissen zurückzugehen. Unter Gewalt ist ein in jeder Beziehung überlegener Wille zu verstehen, während die Forderung sich konkret nur auf bestimmte Objekte richtet. Gewalt ist ein unbeschränkter Komplex von Forderungen. Ein Gewaltverhältnis liegt vor, wenn es sich um Forderungen handelt, die nach Belieben des Berechtigten auf Grund des Vorliegens eines solchen Verhältnisses innerhalb rechtlicher Schranken geltend gemacht werden, ein

[1]) a. a. O. S. 86.

Forderungsverhältnis liegt vor, wenn der Anspruch sich auf einen bestimmten Tatbestand stützt; ihrer Natur nach ist den Gewaltverhältnissen eine gewisse längere Dauer begriffswesentlich. Aus einer unerlaubten Handlung entstehen z. B. Forderungen nur entsprechend dem deliktischen Tatbestande nach Massgabe des Gesetzes; der Berechtigte kann nicht etwa, wenn auch in gewissen gesetzlichen Schranken, eine Menge unvorherzusehender Ansprüche erheben.

II. Es ist oben betont worden, dass der Staatsdienst grundsätzlich durch einen einseitigen Willensakt des Staates begründet wird; der Staat ist zugleich Partei im Rechtsverhältnisse und Hüter der Rechtsordnung, denn es besteht keine rechtliche Gewalt über der des Staates[1]). Wenn der Staat also seinen Organen gegenüber Forderungsverhältnisse eingeht, so liegt darin auf seiner Seite ein Verzicht auf rechtliche von ihm erzwingbare Vorteile. Trotzdem ein Amtszwang fast durchgängig nicht mehr ausgeübt wird, ist doch die Eigenschaft des Staatsbeamtenverhältnisses als eines Gewaltverhältnisses festzuhalten, der Staat hat dem Beamten gegenüber die Kompetenz, das Verhältnis in seinen Einzelheiten festzustellen oder abzuändern. Demgegenüber ist nicht darauf hinzuweisen, dass dem Staatsbeamten ein rechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Gehalt zusteht, da ein Gebundensein durch Rechtsschranken und die verfassungsmässig festgelegten Staatsbürgerrechte nicht dem Wesen des Gewaltverhältnisses widerstreiten. Einem Gewaltverhältnisse wie der elterlichen Gewalt sind noch viel engere Grenzen gezogen. Die einseitig veränderliche Kompetenz verleiht dem Staatsdienste grundsätzlich die Natur eines Gewaltverhältnisses.

III. Mayer[2]) behandelt die Anstellung im Staatsdienste als Hauptbeispiel des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung. Er bemerkt, dass diese Akte sich in ihrem stofflichen Inhalte

---

[1]) Bornhak, Preussisches Staatsrecht Bd. 1 S. 268: „wechselseitige Rechte sind nur möglich, wenn beide Faktoren derselben Rechtsordnung unterworfen sind. Der Staat als Quelle der Rechtsordnung steht über dem Rechte"; auch Bd. 2 S. 70; er hält subjektive Rechte des Individuums gegen den Staat für begrifflich undenkbar.

[2]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. 1 S. 98.

durchweg an das halten, was auch ein zivilrechtlicher Vertrag an Verpflichtungen, Belastungen usw. auferlegen könne: „Deshalb führen sie die Bezeichnung Vertrag, obwohl sie ja keine Verträge im strengen Sinne des Wortes sind. Zum Unterschiede von den echten Verträgen des Zivilrechts spricht man von einem öffentlichrechtlichen Vertrag". Wie hieraus schon hervorgeht, ist diese Bezeichnung leicht irreführend. Der grundsätzliche Charakter als Gewaltverhältnis kann verkannt und ein solches Rechtsinstitut als ein Verhältnis des Staates zu einer sozusagen mit ihm auf gleichem rechtlichen Niveau befindlichen Partei aufgefasst werden, zumal wenn der Vertrag als ein dem zivilen und öffentlichen Rechte gemeinsamer Begriff in Anspruch genommen wird. Preuss[1]) weist mit Recht darauf hin, dass schon aus der äusseren Form die streng einseitige Natur des Beamtenverhältnisses bei der Begründung sich ergebe; er bezeichnet es als „kein geringes Kunststück der Vertragstheorie", der Zustellung der Anstellungsurkunde oder Bestallung die Bedeutung eines Vertragsabschlusses beizulegen.

Wenn die Auffassung des Staatsdienstverhältnisses als eines grundsätzlich einseitig begründeten Rechtsverhältnisses als die herrschende bezeichnet werden kann, so wird daneben noch die Ansicht vertreten, dass bezüglich des Gehaltes ein Vertrag vorliege. Rehm[2]) definiert, nachdem er aus dem Zwecke des Staatsdienstes, der Führung von Staatsämtern, festgestellt hat, dass der Staatsdienst primär staatsrechtlicher Natur ist, den Staatsdienst als ein staatsrechtliches Gewaltverhältnis mit einem staatsrechtlich-privatrechtlich gemischten Forderungsverhältnis als Annexum. Das Kriterium dafür, ob ein Rechtsverhältnis ein öffentlich-rechtliches oder privatrecht-

[1]) a. a. O. S. 96; ferner auch S. 83: „Wie man mit der Vertragstheorie unvermeidlich auf eine schiefe Ebene bei der juristischen Konstruktion der Organverhältnisse gerät, das zeigt sich deutlich, indem Jellinek (System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 199, 2. Aufl. S. 209) ausser dem Staatsdienst und der als sein Seitenstück regelmässig angeführten Naturalisation als vertragsmässig begründete Organverhältnisse noch aufführt: Mitgliedschaft einer Kammer, Präsidentschaft einer Republik, Einsetzung einer Dynastie".

[2]) Annalen 1885.

liches ist, „eine praktische Handhabung zur Bestimmung der rechtlichen Natur eines Rechts“, findet Rehm darin, dass man sich jedesmal fragen müsse, wessen Interesse unmittelbar und zunächst durch das betreffende Recht gefördert werde. Da durch den Staatsdienst, der in erster Linie eine Pflicht des Beamten und ein Recht des Staates darstelle, hauptsächlich staatliche Interessen gefördert würden, sei das Verhältnis zunächst ein öffentlichrechtliches. Da aber ferner Ansprüche des Beamten auf Gehalt, Ersatz von Auslagen, Titel, Ehren, Pension, zu seinem Interesse beständen, so sei das öffentlichrechtliche Verhältnis mit einem privatrechtlichen verbunden; so kommt Rehm auf das staatsrechtlich-privatrechtliche Annexum.

Ich glaube nicht, dass man in solcher Weise ein gemischtes Rechtsverhältnis annehmen darf. Abgesehen davon, dass das Kriterium, „in wessen Interesse zunächst das Recht begründet ist“, als ein relativer Begriff nicht sehr viel Befriedigendes hat — es müsste dann mindestens theoretisch Rechtsverhältnisse geben, die gleichmässig öffentlichen und privaten Interessen dienen und deren Natur dann schwierig zu bestimmen wäre —, stehen die Pflichten des Staatsbeamten, die sich aus dem Gewaltverhältnis ergeben, und seine Rechte auf Gehalt usw., die sich auf einen Vertrag stützen oder privatrechtlicher Natur sein sollen, sich doch so gegenüber, dass diese Ansprüche die Gegenleistung für jene Dienste darstellen. Das Staatsdienstverhältnis ist kein zusammengesetztes, sondern ein einheitliches Rechtsverhältnis, und da es in seiner Totalität zweifellos dem Staate zu dienen bestimmt ist und nicht, dem Beamten ein auskömmliches Gehalt zu verschaffen — das Gehalt ist zwar Gegenleistung, aber keine entsprechende genaue Kompensation —, so kann man es, auch nach Rehm, ein öffentlichrechtliches Verhältnis nennen. Dass man sich diesem Rechtsinstitute gegenüber schliesslich doch entscheiden muss, ob es als öffentlichrechtliches oder privatrechtliches gelten soll, scheint auch Rehm gefühlt zu haben, denn „im Rechtssysteme ist ihm sein Platz in der öffentlichen Rechtsordnung angewiesen“ [1]). Es liegt kein Grund

[1]) a. a. O. S. 110; vgl. auch Seydel, Grundzüge einer allgemeinen

vor, ein Privatrechtsverhältnis deshalb anzunehmen, weil die besonderen Vereinbarungen sich meist auf das Gehalt und ähnliche dem Beamten zustehenden Rechte beziehen [1]). Denn ebensogut können über andere Modalitäten der Stellung Vereinbarungen getroffen werden, indem z. B. das Entlassungsrecht beschränkt oder die Kompetenz erweitert wird. Im allgemeinen bleibt jedoch, da die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten heute durch objektives Recht in ausgedehntem Masse geregelt sind, für vertragsmässige Vereinbarungen kein Raum mehr [2]). Nur die beim Amtsantritte durch ausdrückliche Erklärung oder stillschweigend durch konkludente Handlung kenntlich gemachte Zustimmung spricht zwar nicht für eine privatrechtliche Vereinbarung, einen Vertrag, aber für die vom Staate heutigen Anschauungen gemachten Konzessionen.

Die meisten der sogenannten Rechte des Staatsbeamten auf Betätigung im Rahmen seiner Kompetenz werden besser seine Funktionen genannt. Sie sind zugleich Pflichten; nicht nur z. B. das Recht des Präsidenten, die Wahlen auszuschreiben, sondern auch das Vetorecht, das er, wenn er die Notwendigkeit, ein Gesetz zu unterdrücken, erkannt hat, pflichtgemäss ausüben muss. Allerdings sind manche dieser Pflichten nicht rechtlich zu verantworten, da ihre Wahrnehmung vollkommen in das Ermessen des Präsidenten gestellt ist. Mag ferner für andere Rechte, wie auf Gehalt, Titel, Ehren, ein gewisser verfassungsmässiger Anspruch begründet, sogar die Beschreitung des Rechtsweges gegen den Staat zulässig sein, so liegt hierin von seiten des Staates mehr die Anerkennung eines Rechtes darauf, dass alle Staatsangehörigen für bestimmte Leistungen gleichmässig entschädigt werden, als die Anerkennung eines grundsätzlichen Rechts gegen den Staat. Alle solche Momente, die auf ein Forderungsverhältnis hindeuten, genügen nicht, die Vertragsnatur des Rechtsverhältnisses zu beweisen.

Staatslehre, Würzburg 1873, S. 43, 52: „Es mag sich mit dem öffentlichen allerdings ein individuelles Interesse verknüpfen; allein dieses letztere ist nicht das Entscheidende, es ist nur ein accidens des ersteren“; ferner Kuntze, Der Gesamtakt S. 66 (Festschrift d. Leipz. Jur. Fak. f. Müller, 1892).

[1]) so auch Anschütz in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 2 S. 589.

[2]) Vgl. Loening, Deutsches Verwaltungsrecht S. 120.

Es ist auch nach objektivem Rechte der Staatsdienst ein Gewaltverhältnis, obgleich festzustellen ist, dass die Funktionen des Staates gegenüber dem Staatsbeamten durch geschriebenes wie ungeschriebenes Recht eingeschränkt sind.

IV. Hiernach sind Inhalt und Wirkungen des Staatsbeamtenverhältnisses im einzelnen zu besprechen.

Zunächst die Pflichten, die sich für den Staatsbeamten, insbesondere das republikanische Staatsoberhaupt, ergeben. In Betracht kommen nur solche, die rechtlich erfassbar, d. h. durch Rechtsnormen bestimmt und rechtlich erzwingbar sind. Die Gehorsamspflicht, die Rehm[1]) als die Basis aller Pflichten des Staatsbeamten anführt, ist daher hierher nicht zu rechnen. Dem Staatsbeamten eine Gehorsamspflicht aufzuerlegen, hat soviel Wert, als ihn zu verpflichten, sein Amt gut zu verwalten. Eine solche Pflicht würde zwar ohne weiteres dem hier vorliegenden Gewaltverhältnisse entsprechen, hat aber keine Erwähnung im objektiven Rechte gefunden, das der Staat auch für sich massgebend erachtet. Die Reihe der Pflichten ist rechtlich festgestellt und eine Pflichtverletzung liegt nur vor, wenn das Staatshaupt sich einer Verfassungsverletzung oder eines sonstigen Vergehens, wegen dessen es angeklagt und verurteilt werden kann, schuldig macht.

Ausser dem schon besprochenen Amtseide, den das Staatshaupt bei Antritt seines Amtes zu leisten hat, besteht nach verschiedenen Verfassungen die Residenzpflicht des Staatsoberhauptes. Art. 67 der Chilenischen Verfassung untersagt dem Präsidenten ausser Landes zu gehen. Nach Art. 84 der Mexikanischen und Art. 86 Nr. 21 der Argentinischen Verfassung darf der Präsident sich nicht aus der Hauptstadt entfernen, höchstens wenn ein wichtiger Grund vorliegt oder er die Erlaubnis des Parlamentes hat, ebenso in Brasilien Art. 45. In einigen nordamerikanischen Verfassungen findet sich die Abwesenheit des Governor aufgeführt unter den Fällen, in denen eine Vertretung des Staatshauptes nötig wird. Nach Art. 5 Sekt. 15 der Verfassung von Alabama nimmt der Präsident des

[1]) Annalen 1885, S. 95.

Senates für den weggefallenen Governor dessen Funktionen wahr, und zwar hat der Staatssekretär diesem Anzeige zu erstatten, wenn die Abwesenheit des Governor mehr als zwanzig Tage beträgt. Der Lieutenant-Governor führt die Staatsgeschäfte in Abwesenheit des Governor ferner nach der Verfassung von Kentucky Art. 3 Sekt. 17. In Maryland Art. 2 Sekt. 21 soll der Governor an dem Sitze der Regierung residieren. In Lübeck (Art. 12) und Bremen (§ 28) muss jedes Mitglied des Senates in der Stadt seinen Wohnsitz haben oder innerhalb einiger Monate nach der Wahl nehmen; der Erlaubnis, in einer Vorstadt zu wohnen, steht in Lübeck die Verpflichtung gegenüber, ein zu bestimmten Zeiten zugängliches Geschäftszimmer in der Stadt zu haben.

Das Oberhaupt ist verpflichtet, die Wahlen anzuordnen, das Parlament einzuberufen, für die Ausführung der Gesetze zu sorgen, dem Parlamente Auskunft zu geben; es liegt ihm die Beamtenernennung und der Oberbefehl über die bewaffnete Macht ob. Diese und ähnliche Pflichten sollen, zumal sie oft auch Rechte darstellen, unten im Zusammenhange als die Funktionen der Exekutive, die Haupttätigkeit des Staatshauptes, behandelt werden.

V. Unter den Rechten des Staatsbeamten steht in der Literatur der Anspruch auf Remuneration obenan. Begriffswesentlich ist der Anspruch auf Gehalt für den Beamten und somit für das republikanische Staatshaupt nicht; es gibt auch unbesoldete Beamte. Es ist sehr wohl denkbar, dass die Stellung des Oberhauptes der Republik lediglich als Ehrenamt verwaltet würde. Diese Möglichkeit, dass eine Remuneration, die doch Gegenleistung des Staates für die geleisteten Dienste sein soll und die zum Beweise des Vorliegens eines Vertrages viel herangezogen wird, fehlen kann, spricht übrigens gegen die Annahme eines Vertrages; grundsätzlich hat der unbesoldete Beamte die gleiche Stellung wie ein besoldeter, besonders auch dieselben Pflichten. Die Verfassungen billigen jedoch durchgehends dem Oberhaupte eine Remuneration zu.

Da der Präsident, oder wie sonst der Titel ist, Staatsoberhaupt ist, kann man annehmen, die Remuneration stelle eine Zivilliste wie die des Monarchen dar; da er ein Beamter

ist, denkt man an ein Gehalt. Jellinek[1]) hält beides in gewissem Sinne für gleichartig: „Der Gehaltsanspruch des Beamten ist publizistisch gleich dem Anspruche des Monarchen auf Zahlung der Zivilliste, der Abgeordneten auf Diäten, weil an ihrer Gewährung das Gemeininteresse überwiegend beteiligt ist“. Diese Gleichsetzung ist insofern berechtigt, als alle diese Ansprüche vermögensrechtlicher Natur aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen entspringen und dann selbst öffentlichrechtliche sind[2]). Preuss dagegen — Städtisches Amtsrecht S. 110: „Das Amtsverhältnis als Rechtsverhältnis einer Organperson zu ihrer Gesamtperson ist ein absolut und ausschliesslich publizistisches, auch für die Berufsbeamten entsteht das Amtsverhältnis und mit ihm ev. ein Anspruch auf Alimentationsrente ausschliesslich durch einseitigen publizistischen Akt des Gemeinwesens“ — weist die Folgerung, nun auch den Anspruch auf Remuneration für öffentlichrechtlich zu erklären, zurück (S. 108): „es fehlt an jedem Anlass und an jedem Mittel, die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten als öffentlichrechtliche zu konstruieren“. Ebenso erklärt Rehm[3]) die Ansprüche des Staatsdieners auf Vermögensleistungen für Privatrechte, denn sie seien zunächst von Nutzen für die Person des Beamten.

Eine Zivilliste ist die Remuneration des republikanischen Staatsoberhauptes nicht. Sie ist allerdings auch eine von der Volksvertretung für eine bestimmte Zeitdauer bewilligte und für die persönlichen Bedürfnisse des Staatshauptes bestimmte Geldsumme. So definiert Mischler[4]): „Unter Zivilliste im weitesten Sinne versteht man jenen ausgesonderten Teil des Staatsbudgets, welcher für die Bedürfnisse des Staatsoberhaupts als solchen und der Dynastie bestimmt ist“. Es steht jedoch nicht mit dem Sprachgebrauche im Einklang, wenn Mischler auch die Remuneration des republikanischen Staatshauptes hierunter rechnet und fortfährt: „In republikanischen Staaten

[1]) System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 62.

[2]) Vgl. auch Fleischmann, Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Strassensperrung, 1905, S. 10, 23.

[3]) Annalen 1885 S. 108; dort finden sich auch andere Begründungen.

[4]) Artikel „Zivilliste“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften (2. Aufl., Jena 1900) Bd. 3 S. 48 ff.

tritt an die Stelle der Zivilliste der Gehalt des Präsidenten, Regierungskollegiums etc." Die Zivilliste stellt sich als eine nur dem konstitutionellen Monarchen von der Volksvertretung vermöge ihres Rechtes, die Verfügung des Monarchen über das Staatsvermögen zu beschränken, gewährte Rente dar[1]).

Laband[2]) charakterisiert das Gehalt als eine dem Berufsbeamten gewährte Rente zu der seiner Stellung entsprechenden Alimentierung. Diese auch sonst in der Literatur vertretene Ansicht drückt richtig aus, dass die Remuneration, wenn auch der Grund ihrer Zahlung die Hingabe einer Gegenleistung ist und sie daher mit dem Staatsdienste in ursächlichem Zusammenhange steht, nicht wie in einem Dienstvertrage das genaue Äquivalent für die geleisteten Staatsdienste ist; denn „der Gehalt bleibt hinter dem Masse, das sich im Verkehr für den Wert der Arbeit herausgebildet hat, zurück"[3]). Die dem republikanischen Staatshaupte als einem Staatsbeamten zugebilligte Remuneration ist mithin als Gehalt anzusehen, sie soll ihm während seiner Amtszeit die Mittel zum Unterhalt, besonders auch zu den während dieser Zeit erforderlichen Aufwendungen gewähren. Diese Auffassung findet sich besonders klar in der Verfassung Brasiliens (Art. 46) ausgedrückt, nach der der Präsident und der Vizepräsident ein „subsidio" erhalten.

Die Höhe der dem Staatshaupte gewährten Entschädigung ist natürlich ausserordentlich verschieden. In Frankreich wird die Vergütung jedes Jahr etatsmässig festgestellt, ist also grundsätzlich veränderlich. Sie beträgt 1200000 Franken, die zur Hälfte als eigentliches Gehalt und zu je ein Viertel als Repräsentationskosten und Reiseauslagen bewilligt werden; ausserdem

---

[1]) Steinbach, Die rechtliche Stellung etc. S. 55, erklärt die Zivilliste als die Entschädigung für das für Staatsgut erklärte frühere Kammergut (Domänen) des Fürsten. Diese Eigenschaft als Entschädigung mag wohl auf die Entstehung des Institutes, besonders in deutschen Ländern, zurückgehen (s. Mischler S. 49), sie ist aber nicht allgemein begriffswesentlich. Über die Zivilliste vgl. auch den Artikel v. Gneists in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts Bd. 1 S. 252 und Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts (6. Aufl.) S. 290, 501 Anm. 19.

[2]) Staatsrecht Bd. 1 S. 469.

[3]) Ihering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl., 1893, Bd. 1 S. 196; auch S. 195 und 201.

hat der Präsident verschiedene Nutzniessungsobjekte [1]. Der Präsident der Vereinigten Staaten bezieht ein Gehalt von 50000 Dollar (der Vizepräsident von 8000 Dollar) und hat eine Dienstwohnung inne [2]. Der Governor von New York erhält 10000 (der Lieutenant-Governor 5000) Dollar, ausserdem „there shall be provided for his use a suitable and furnished executive residence“ (Art. 4 Sekt. 4 Amendment). Genaue Bestimmungen trifft die Verfassung von Texas Art. 4 Sekt. 5: He shall, at stated times, receive as compensation for his services an annual salary of four thousand Dollars and no more, and shall have the use and occupation of the governors mansion, fixtures, and furniture. Ferner ist die Höhe des Gehaltes 8000 Dollar in Louisiana (Art. 56: per annum, payable quarterly, on his own warrant), 5000 Dollar in Virginia und Wisconsin, 4500 Dollar in Maryland, 2700 Dollar in West-Virginia, 2500 Dollar in Minnesota und Nebraska. Die andern Verfassungen der nordamerikanischen Gliedstaaten begnügen sich mit der Bestimmung, dass der Governor ein salary oder compensation für seine Dienste erhalten solle. Eine amerikanischen Verfassungen eigentümliche Vorschrift, die den Zweck hat, die Stellung des Präsidenten der Legislative gegenüber unabhängig zu gestalten, ist die, dass das Gehalt während der Amtszeit weder erhöht noch verringert werden darf; auch ist verboten, dass das Oberhaupt von anderen Staaten Vorteile geniesst: Nordamerikanische Bundesverfassung Art. 2 Sekt. 1 § 6 [3], Georgia Art. 4 Sekt. 1, Nord-Karolina Art. 3 Sekt. 15, Mexiko Art. 120, Argentinien Art. 79, Brasilien Art. 46. In Mexiko darf der Präsident nicht auf sein Gehalt verzichten. Verfassungsmässig ist die Höhe des Gehaltes festgesetzt in Haiti (Art. 122), und zwar auf 25000 Piaster. Laut Bundesbeschluss vom 22. Dezember 1899 bezieht der Bundespräsident der Schweizerischen Eidgenossenschaft eine Besoldung von 17000 Fr., jedes übrige Bundesratsmitglied eine solche von 15000 Fr. In den Kantonen [4] ist die Besoldung sehr ver-

[1] Gesetz vom 16. September 1871 (Mischler a. a. O.).

[2] Gesetz vom 3. März 1873.

[3] Vgl. hierzu Federalist Kap. 73 u. Story, Comment. §§ 1485, 1486.

[4] Schollenberger, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizerischen Kantone, Bd. 1: Das Staatsrecht, Zürich 1900, S. 249, 250.

schieden. Während in den Urdemokratien (ausser Appenzell Ausser-Rhoden) Tagegelder gezahlt werden, beträgt das feste Gehalt eines Mitgliedes der obersten Vollziehungsbehörde in Basel-Stadt 8000, in Zürich und Waadt 7000, Genf 5000, Luzern 4000, Schaffhausen 3000, Uri 400, Zug 250 (Landammann 400) und Appenzell Ausser-Rhoden 100 (Landammann 200) Franken. In Hamburg[1]) erhält das rechtsgelehrte Senatsmitglied 25000, jedes andere 8000 Mark, in Bremen[2]) ein nicht kaufmännisches Mitglied 15000, jedes übrige 9000 Mark Gehalt; ausserdem erhält in Hamburg der präsidierende Bürgermeister eine Zulage von 5000, der andere Bürgermeister eine solche von 3000 Mark, in Bremen von 3000 bzw. 2000 Mark. In Lübeck[3]) setzt das Gesetz die Honorare der Mitglieder des Senates betreffend diese auf 9000 und 3600 Mark fest, je nachdem das Mitglied dem Gelehrtenstande angehört oder nicht; der den Vorsitz im Senate führende Bürgermeister erhält als Entschädigung für Ehrenausgaben 1200 Mark in monatlichen Raten.

Für die rechtliche Natur des Ruhegehaltes gilt das oben allgemein über den Anspruch auf Remuneration Gesagte. Die Verfassungen der meisten Republiken kennen einen Anspruch des Präsidenten auf Pension nicht. Dagegen gestehen die Hansestädte den Senatsmitgliedern, deren Amtszeit an sich lebenslänglich ist, ein Ruhegehalt zu, wenn sie vorher aus dem Amte scheiden[4]).

Weitere Rechte des republikanischen Staatshauptes auf Titel, Prädikat, Ehren sind ebenfalls Rechte des Staatsbeamten als solchen. Sie haben jedoch für das Oberhaupt der Republik besondere Bedeutung und sind, da sie dazu beitragen, den Begriff des republikanischen Staatshauptes aus dem Staats-

---

[1]) Gesetz vom 10. April 1885 (Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 81).

[2]) Bollmann, Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht S. 45.

[3]) Deutsche Staatsgrundgesetze, herausg. von Binding, Heft 10, Lübeck, S. 35.

[4]) Über die Voraussetzungen und die Höhe des Ruhegehaltes siehe Lübecksches Gesetz die Versetzung der Mitglieder des Senates in den Ruhestand (Binding a. a. O. S. 36); Bremisches Gesetz den Senat betreffend, §§ 27, 28 (Binding a. a. O., Bremen, S. 32); von Melle, Das Hamburgische Staatsrecht S. 72.

beamtenbegriffe herauszuheben, unten bei der Feststellung dieses engeren Begriffes zu besprechen.

VI. Schliesslich ist noch das Ende der Stellung des republikanischen Staatsoberhauptes zu behandeln.

1. Da das Staatshaupt auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt wird, endet seine Amtszeit natürlich meist mit Ablauf dieser Periode. Der Tag entspricht dann dem Tage des Antritts oder es endet, soweit die Grundgesetze besondere Vorschriften geben, die Amtszeit mit einem bestimmten Tage, wie sie in den nordamerikanischen Verfassungen für den Amtsantritt bestimmt und oben (S. 80) erwähnt sind, oder es tritt auch der Präsident, damit der Staat nicht ohne Oberhaupt ist, nicht eher zurück, als bis sein Nachfolger die Regierung ergreift[1]). Die Verfassungen von Argentinien Art. 78 und Brasilien Art. 43 § 2 betonen, dass die Amtsperiode nach Ablauf der Zeit von selbst aufhört und unter keinem Vorwand verlängert werden darf. Im übrigen gelten für eine Verlängerung der Amtsperiode die oben für die Wiederwählbarkeit besprochenen Vorschriften.

2. Weitere Endigungsgründe sind der Tod des Staatschefs vor Ablauf seiner Amtszeit, das Erreichen eines bestimmten Alters, die Unfähigkeit[2]), die Funktionen seiner Stellung wahrzunehmen, und die nur in besonderen Fällen mögliche zwangsweise Entfernung vom Amte. Je nach objektivem Rechte findet in diesen Fällen eine Neuwahl statt, oder es rücken bestimmte Personen an die Stelle des fortgefallenen Staatshauptes[3]). In Brasilien Art. 45 verliert der Präsident, der ohne Erlaubnis des Kongresses das Land verlässt, sein Amt.

---

[1]) z. B. Californien Art. V Sekt. 2: The governor . . . shall hold his office two years from the time of his installation, and until his successor shall be qualified.

[2]) In den Hansestädten kann ein Senatsmitglied wegen Unfähigkeit infolge geistiger oder körperlicher Schwäche, sowie, wenn es ein bestimmtes Alter (70 Jahre) oder eine längere Amtszeit hinter sich hat, in den Ruhestand versetzt werden; vgl. die zu dem Ruhegehalt angeführten Bestimmungen.

[3]) z. B. Französisches Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 7: En cas de vacance par décès ou pour toute autre cause les deux Chambres réunies procèdent immédiatement à l'élection d'un nouveau Président. Der französische Präsident ist aber nicht absetzbar (Batbie, Traité Bd. 3 S. 57). Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika Art. II Sekt. 1 § 5: In case of the re-

3. Nach der hier vertretenen Auffassung des Staatsdienstes ist ein Verzicht des republikanischen Staatshauptes auf seine Stellung in dem Sinne einer seinerseits einseitigen Auflösung der Rechtsbeziehungen grundsätzlich nicht möglich. Die Abdankung, der Verzicht nach Beginn der Amtsführung, ist ein Gegenstück zu der Erklärung der Ablehnung der Wahl, und es ist anzunehmen, dass auch hier der Staat einen Amtszwang nicht ausübt. Sofern die Verfassung nicht ausdrücklich das Gegenteil vorschreibt, ist daher eine Demission zulässig. Nach v. Frisch [1]) ist die Zulässigkeit des Verzichts auf Organstellung allgemein anerkannt, insbesondere auch für Beamte, Kammermitglieder und Staatsoberhäupter; das Recht des Beamten, jederzeit sein Amt aufzugeben, beruhe auf der Natur des Beamtenverhältnisses. Wie er jedoch selbst bemerkt, sind nur Rechte Objekt eines Verzichtes, Pflichten sind nicht verzichtbar, und auch ein Zustand kann durch Verzicht nicht aufgegeben werden. Die Eigenschaft als Staatsbeamter gibt aber nicht nur ein Recht auf Organstellung, sondern sie statuiert auch eine Verpflichtung, die das Staatshaupt mindestens mit der Annahme der Wahl auf sich genommen hat. Bei der Annahme eines blossen Rechtes findet die von v. Frisch erwähnte Pflicht des Organs, seine Absicht zu verzichten, mitzuteilen und die Reste aufzuarbeiten, keine genügende Begründung. Rechtlich ist die Abdankung nur eine auf Lösung des Rechtsverhältnisses gerichtete Erklärung, der auf seiten des Staates mindestens eine stillschweigende Zustimmung folgen muss [2]). In Mexiko (Art. 72) und Argentinien (Art. 67) muss die Deputiertenkammer bzw. der Kongress die Demission des Präsidenten entgegennehmen. v. Frisch fasst den Thronverzicht als eine Handlung freier Willkür, nicht als Regierungsakt des Monarchen auf, so dass er der Gegenzeich-

---

moval of the President from office, or of his death, resignation or inability to discharge the powers and duties of the said office . . .

[1]) Der Thronverzicht, Tübingen 1906, S. 10, 11; vgl. für das Folgende S. 5, 6, 74, 75, 76.

[2]) Nach Meyer, Staatsrecht (6. Aufl.) S. 309, muss im Zweifel angenommen werden, dass ein Mitglied der ersten Kammer zur Resignation nicht befugt ist, wenn die Annahme des Sitzes nicht von seinem freien Belieben abhängig ist.

nung nicht bedürfe[1]). Die Demission des republikanischen Staatshauptes als eines Staatsbeamten ist nicht analog zu behandeln. Sie ist eine persönliche Handlung des Staatshauptes nur insofern, als sie nicht selbst das Rechtsverhältnis aufhebt und dann allerdings im Gegensatze zu rechtlich wirksamen Staatsakten nicht gegengezeichnet wird[2]).

Es werden in Frankreich[3]) sowie in Nordamerika Präsident und Governor ohne weiteres ihr Amt niederlegen können; die Verfassungen der nordamerikanischen Republiken erwähnen die resignation unter den Fällen, in denen der Präsident des Senates an die Spitze des Staates tritt, sie geben aber keine Einschränkungen an. Dagegen kann nach der Verfassung Mexikos (Art. 81) der Präsident sein Amt nur niederlegen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, den der Kongress gebilligt hat, und nach der Verfassung Bremens (§ 30 am Ende) kann „ein Austritt vor beendigter Amtsführung nur mit Zustimmung des Senates geschehen".

In der Anwendung auf den Staatsbeamtenbegriff gibt die Beendigung der Stellung des Oberhauptes zu besonderen Bemerkungen keinen Anlass. Die eben besprochenen Endigungsfälle widerstreiten nicht der Annahme eines Staatsdienstverhältnisses; diese Feststellung genügt für unsere Zwecke, es braucht nicht allgemein die Beendigung des Staatsdienstes behandelt zu werden.

§ 7. Die Eigenschaft als Behörde, als Repräsentant und als Staatsvorstand.

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, dass das republikanische Staatsoberhaupt unter den Begriff des Staatsbeamten fällt, da seine Rechtsstellung sich überall mit der eines Staats-

[1]) Er erklärt (Thronverzicht S. 74 und: Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate, Berlin 1904, S. 157) den rechtlichen Charakter dieses Aktes für bestritten.

[2]) v. Frisch, Thronverzicht S. 75 Anm. 2: Der einzige Akt des Präsidenten von Frankreich, der nicht gegengezeichnet wird, ist die Niederlage des Amtes.

[3]) Dass der gewählte Staatschef abdanken kann, nimmt auch Hervieu, Les ministres S. 185, an.

beamten deckt[1]). Es bleibt noch übrig, in der Reihe der einander über- bzw. untergeordneten Staatsbeamten seine Stellung festzulegen und einen engeren Begriff zu finden.

I. Ein engerer Begriff als der des Beamten ist der der Behörde.

1. Affolter[2]) nennt, von dem Gedanken ausgehend, dass jede menschliche Organisation eine Über- und Unterordnung aufweise und aufweisen müsse, die von der staatlichen Organisation geschaffenen Organe und im besonderen die übergeordneten Personen des staatlichen Organismus Behörden. Wie er aber selbst bemerkt, ist die Frage, welches Organ übergeordnet und welches untergeordnet ist, keine für die Begriffsbestimmung wesentliche Frage. Schon deshalb kann man nicht im rechtlichen Sinne sagen, dies eine Organ ist dem andern über- bzw. untergeordnet, weil im entwickelten konstitutionellen Staate die Über- und Unterordnung der Organe eine sehr kunstvoll verschlungene ist und in einzelnen Beziehungen ein Organ dem andern übergeordnet ist, dem es in anderen Beziehungen untergeordnet ist[3]). Ausserdem ist die Tätigkeit eines Organs oft durch die Mitwirkung eines anderen Organs derart bedingt, dass man nicht sagen kann, dass das eine von ihnen ausschlaggebend

[1]) Es fassen ebenfalls das Oberhaupt der Republik als Beamten folgende Schriftsteller auf: Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik S. 45, 52; v. Holst, Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika S. 46; Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz Bd. 1 S. 22, 78; Steinbach, Die rechtliche Stellung des Deutschen Kaisers verglichen mit der des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika S. 2, 3; Ullmann, Völkerrecht (Marquardsens Handbuch), Freiburg 1898, S. 88; Hartmann, Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten, Hannover 1874, S. 78; v. Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate S. 134; de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, 8. édit., Paris 1840, Bd. 1 S. 194, 195; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 1 S. 196; Freeman, Presidential Government S. 387. — Brie, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs, 1893, S. 30, meint, dass das rechtliche Verhältnis des französischen Präsidenten „zur Volksvertretung demjenigen eines konstitutionellen Monarchen fast durchaus analog“ erscheine.

[2]) Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts S. 9, 33, 34.

[3]) Hierher gehört auch, dass im Kirchenstaate Papst und Kardinäle einander Kreationsorgane waren.

sei und also auf einer höheren Stufe stehe. Ich halte Affolters Auffassung[1]) von dem Begriffe der Behörde und deren Gleichsetzung mit dem Beamten und Organe des Staates für zu weitgehend. Er gibt zu, dass seine Bezeichnungsweise nicht überall geteilt werde, und dass man im allgemeinen nicht geneigt sei, höhere Organe, wie den Monarchen und das Parlament, Behörden zu nennen. Er stimmt mit der Bezeichnungsweise der Schweizerischen Grundgesetze überein, die die gesetzgebenden und vollziehenden Körperschaften Behörden nennen[2]). Wenn Affolter die stimmfähigen Aktivbürger für eine Behörde (Wahlbehörde und gesetzgebende Behörde) und sogar die Familienoberhäupter im Kreise ihrer Familien für Behörden erklärt, so setzt er sich gewiss mit dem Sprachgebrauche in Widerspruch. Das einzige Merkmal, durch das sich nach ihm die Behörden von anderen Einzelpersonen und Personengemeinschaften unterscheiden, die Individualisation, die auf verschiedene Weise, durch Wahl, Geburt oder das Los zu erlangende individuelle Bestimmung[3]), genügt wohl für die Qualifizierung als Organ im allgemeinsten Sinne, aber nicht als Behörde, wie dieser Begriff meist verstanden wird.

2. Die Feststellung des Begriffes der Behörde muss von dem des Amtes ausgehen. Ein Staatsamt ist ein durch das geltende Recht begrenzter Inbegriff von staatlichen Funktionen im Gebiete der Verwaltung und der Rechtspflege[4]). Der Träger

---

[1]) Siehe auch Affolter, Staat und Recht, in den Annalen 1903 S. 124: „Statt von Organen können wir auch von Behörden sprechen".

[2]) z. B. die Bundesverfassung überschreibt den zweiten Abschnitt (Art. 71 ff.) mit Bundesbehörden (Bundesversammlung, Bundesrat, Bundeskanzlei, Bundesgericht) und die Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald den dritten Titel (Art. 21 ff.): Gesetzgebende und vollziehende Behörden des Kantons. So auch Schollenberger, Kantonsrecht S. 111.

[3]) Affolter, Grundzüge S. 36.

[4]) Vgl. Hübler, Die Organisation der Verwaltung in Preussen (alte Lande) und im Deutschen Reiche S. 2. Andere Definitionen unterlassen es, die Legislative, die doch kein Amt nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ist, von den staatlichen Funktionen auszunehmen, wie Harseim, Artikel „Amt" in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts Bd. 1 S. 38, 39; Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 198; Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts S. 29.

des Staatsamtes ist regelmässig der Staatsbeamte; doch decken beide Begriffe sich nicht durchaus [1]). Es kann z. B. nach verschiedenen Verfassungen unter gewissen Umständen das Parlament als Gerichtshof fungieren. In ähnlicher Bedeutung wird nun der Begriff der Behörde gebraucht, und zwar in ähnlicher objektiver Bedeutung als Amt und in ähnlicher subjektiver [2]) Bedeutung wie der Träger des Amtes, der Beamte. Es besteht jedoch ein Unterschied. Man spricht von einer Behörde im Gegensatz zu Amt und Beamten in Hinblick auf einen einheitlichen umfassenden Tätigkeitskreis und besonders den materiellen Inhalt der Tätigkeit. Es tritt also bei der Behörde das objektive Moment stark hervor; der Kreis der ihr zugefallenen, von ihr sozusagen als einem einheitlichen Ganzen zu lösenden staatlichen Aufgaben hebt die Behörde unter den übrigen Beamten hervor. Es hat zwar jeder Beamte seine bestimmte Kompetenz und seine Aufgaben, doch ist er nicht Behörde, wenn er sich mit seiner Tätigkeit nur einem Ganzen einfügt. Der Unterschied ist daher auch darauf abgestellt worden, dass der Behörde bestimmte Angelegenheiten zur Entscheidung [3]) oder dass ihr eine Befehlsgewalt [4]) zugehörten; dies ist nicht zutreffend, denn auch ein Beamter kann diese Eigenschaften haben. Auch die kollegialische Form [5]) ist nicht begriffswesentlich, obgleich die Behörde aus praktischen Gründen viel in dieser Form erscheint. Trotzdem ein Beamter nur eine Einzelperson sein kann, ist er der weitere, die Behörde der engere Begriff. Das Oberhaupt der Republik ist mit seiner Kompetenz als Einzelperson Staatsbehörde; steht jedoch an der Spitze der Republik ein Kollegium, so hat dieses die Eigenschaft als Behörde.

3. Die Frage, ob die Behörden juristische Persönlichkeit haben oder nicht, ist von Bernatzik [6]) eingehend

---

[1]) Vgl. Harseim, Artikel „Beamte“ in Stengels Wörterbuch Bd. 1 S. 136.

[2]) Loening, Verwaltungsrecht S. 30.

[3]) Loening a. a. O.

[4]) Siehe unten Z. 4.

[5]) Hübler, Organisation der Verwaltung S. 5: „Behörde im weiteren Sinne sind also alle Ämter, in specie die kollegialisch formierten Kollektivämter“.

[6]) Die juristische Persönlichkeit der Behörden (auch im Archiv für öffentliches Recht 1890 Bd. 5 S. 169 ff.).

untersucht worden. Er verneint die Frage. Von der Unhaltbarkeit des Willensdogmas ausgehend, führt er aus, dass die Organe eines Gemeinwesens zwar dessen Willensträger, aber nicht die Subjekte der durch ihren Willen realisierten Rechte sind. Dies deckt sich mit unseren bisherigen Feststellungen. Eine Personengemeinschaft wird ja gerade deshalb juristische Person genannt, um sie als ein Subjekt nur ihr zukommender Rechte zu kennzeichnen. Organe, wie Staatsbeamte, Behörden, Oberhäupter sind nur berufen, den Willen des Staates zu verwirklichen, sie haben in dieser ihrer Eigenschaft keinen eigenen Willen, der als der ihrige gilt, sie sind also nicht neben dem Staate als juristische Personen anzusehen. Ein eigenes Recht auf das Amt oder auf Organstellung des Beamten gibt es nicht [1]; der Beamte erlangt seine Organstellung nur durch den freien Willen des ihn bestellenden Faktors. Es lässt sich nicht leugnen, dass durch die vollzogene Wahl der Gewählte in ein Rechtsverhältnis zum Wählenden tritt; der Beamte erhält seine Kompetenz von der Rechtsordnung. Diese und insbesondere die die Rechtsstellung des republikanischen Staatschefs regelnde Verfassung ist aber das Werk des Staates selbst, dem gegenüber das Organ keine eigenen Rechte hat. Als Staatsorgan hat die Behörde dem Staate gegenüber keine eigenen Rechte und keinen eigenen Willen [2], ist also auch keine juristische Person.

Die Tatsache des Fortbestehens einer Behörde in objektiver Bedeutung trotz des Wechsels der Personen, die allerdings zu der Annahme einer juristischen Person leicht führen mag, erklärt Affolter [3] auf die Weise, dass die Menschen in einer bestimmten Individualisation Rechte und Pflichten der Behörde hätten, bei dem Tode der Person höre die Behörde nicht auf zu bestehen, sondern es trete an Stelle des Ausscheidenden ein anderer, der die Eigenschaft der Behörde erhalte und individualisiert werde.

[1]) Nach Affolter, Staat und Recht, in den Annalen 1903 S. 127, gibt es eigene Rechte des Organs, die nicht einer fingierten Staatspersönlichkeit zustehen.

[2]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 225, betont ebenfalls, dass die Behörde nicht Träger eigenen, sondern fremden Rechtes, nämlich des Staates sei.

[3]) Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts S. 36.

Es genügt zur Erklärung dieser Tatsache die Feststellung, dass die Behörde eine Institution ist und als einmal durch die zuständigen Faktoren Geschaffenes auch nur durch dieselben wieder beseitigt werden kann. Hieraus folgt, dass die Behörde auch fortbesteht, wenn vorübergehend die sie darstellende Person oder Personenmehrheit fortgefallen ist.

4. Ein anderer engerer Begriff als der des Beamten ist der der Obrigkeit. Hübler[1]) sagt zutreffend: „Nicht jede amtliche Tätigkeit ist eine obrigkeitliche. Der Beamte besorgt Staatsgeschäfte sehr verschiedener Art . . . nur a potiori übt er obrigkeitliche Machtbefugnisse aus. Obrigkeitliche Stellung aber hat ein Beamter nur dann, wenn er berechtigt ist, seinen Anordnungen im Wege des Zwangsverfahrens Nachdruck zu geben". Dieser Begriff lässt sich nicht nur von dem des Beamten, sondern auch von dem der Behörde abgrenzen, obwohl manche Definitionen die obrigkeitliche oder Leitungsgewalt als ein Begriffsmerkmal der Behörde ansehen[2]). Sehr wertvoll ist dieser Begriff nicht; es ist bereits betont worden, dass die Über- und Unterordnung eines Organs sowie die mehr oder weniger grosse Fülle seiner Macht keine wichtigen Anhaltspunkte für eine Festlegung des Begriffes gibt[3]). Schon aus diesem Grunde ist auf die obrigkeitliche Gewalt als Begriffsmerkmal wenig Gewicht zu legen; da sie nicht jedem Beamten zusteht, kommt sie immerhin als Unterscheidungsmerkmal in Betracht. Das Oberhaupt der

---

[1]) Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs S. 45.

[2]) Hübler, Organisation der Verwaltung S. 5: „Im technischen Sinne gelten aber nur solche Ämter als Behörden, welche obrigkeitliche Gewalt (Leitungsgewalt, Entscheidungsgewalt, Verfügungsgewalt) üben"; Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd 1 S. 96: „Ämter, welche mit Leitungsgewalt und folglich mit der Fähigkeit zum Verwaltungsakte ausgerüstet sind, bilden die Verwaltungsbehörden"; siehe auch Bd. 2 S. 198; Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 29: „Behörden sind solche Ämter, welche befähigt sind zu Willensäusserungen mit bindender Kraft".

[3]) Meyer, Artikel „Behörden" in Stengels Wörterbuch Bd. 1 S. 153, stellt als Begriffsmerkmal auf, dass die Behörde in Unterordnung unter ein vorgesetztes Organ berufen wird. Wenn er ferner S. 154 ausführt, dass im Gegensatze zum Beamten das Staatsoberhaupt und die repräsentativen Körperschaften selbständig, unabhängig und keiner höheren Autorität untergeordnet seien, so ist unter dem Staatshaupte nur der Monarch als Träger der Staatsgewalt zu verstehen.

Republik besitzt die erwähnte obrigkeitliche Gewalt, ist Obrigkeit, einerlei ob man nun annehmen will, dass diese Eigenschaft schon durch die einer Behörde gegeben ist oder nicht.

II. 1. Das republikanische Staatshaupt ist sogar Obrigkeit in einem ganz besonderen Sinne, insofern es als oberster Staatsbeamter bezeichnet wird[1]. Es sind ihm auch andere Bezeichnungen[2] beigelegt worden, die — und nicht zum wenigsten das Wort Staatsoberhaupt selbst — auf eine besonders hohe qualifizierte Stellung hindeuten. Es mag also untersucht werden, ob nicht dies zu einem engeren Begriff als dem des Beamten und der Behörde hinführt.

Seelig[3] meint, die kollegiale Teilnahme an der Inhaberschaft der Staatsgewalt hindere, einem Senator die beiden Characteristica für den Beamten beizulegen; es sei weder eine den öffentlichrechtlichen Vertrag zwischen Senator und Staat ausdrückende Bestallung noch ein mit dem Dienstverhältnis eines Beamten notwendig verbundener Vorgesetzter vorhanden. Dass eine Bestallung für die Begründung des Staatsbeamtenverhältnisses entbehrlich ist, folgt ohne weiteres aus den bisherigen Erörterungen. Wie Bollmann[4] gegen Seelig bemerkt, gibt es auch andere Organe, die Beamte sind, ohne eine Bestallung

---

[1]) Fast sämtliche nordamerikanischen Staatsverfassungen sprechen von einem „chief magistrate". Schweizerische Bundesverfassung Art. 95: „Die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft ist ein Bundesrat". Als oberste oder höchste vollziehende Behörde wird der Regierungsrat bezeichnet in Uri Art. 60, Solothurn Art. 33, Basel-Landschaft § 58, Schaffhausen Art. 61, Aargau und Thurgau Art. 37 und Schwyz § 46. Ferner Freeman, Presidential Government (a. a. O. S. 381): „President is a single elective, responsible magistrate to whom the chief executive power in a commonwealth is entrusted"; Bryce, The American Commonwealth Bd. 1 S. 35: presiding officer; Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif Bd. 3 S. 209: „Comme chef du pouvoir exécutif le Président est à la tête de l'administration"; Pradier-Fodéré, Cours de droit diplomatique, 2. édit., Paris 1899, Bd. 1 S. 162, 195.

[2]) Argentinische (Art. 86 Nr. 1) und Chilenische Verfassung Art. 50: Jefe Supremo de la Nación; franz. Verfassung vom 14. Januar 1852 Art. 6: chef de l'État; Saint Girons, Manuel de droit constitutionnel S. 381: l'incarnation vivante du pays.

[3]) Hamburgisches Staatsrecht S. 84.

[4]) Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht S. 44.

zu haben und in diesem Sinne angestellt zu sein, wie Bürgermeister und Gemeindevorsteher. Diese haben übrigens ebenfalls keinen Vorgesetzten. Die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Vorgesetzten folgt nicht aus dem Beamtenbegriffe, kann also auch nicht gegen die Annahme von obersten, also verhältnismässig unabhängig gestellten, Staatsbeamten angeführt werden.

Subjekt der Staatsgewalt ist der Staat, ihre Ausüber sind die Staatsorgane. Da in der Republik oberstes qualifiziertes Staatsorgan, Träger der Staatsgewalt, das Volk ist, kann das Staatshaupt natürlich nicht in demselben Sinne wie dieses oberstes Organ sein. Durch die Eigenschaft als Beamter wird bereits der Kreis, in dem das Oberhaupt erstes Organ sein kann, enger gezogen. Trotz mancher Beziehungen zu der Legislative ist das republikanische Staatshaupt auf diesem Gebiete nicht höchstes Organ, schon deshalb nicht, weil legislative Funktionen gewöhnlich nicht Beamten übertragen sind, sondern von dem Träger der Staatsgewalt selbst wahrgenommen werden. Es fragt sich, ob das Staatshaupt auf dem Gebiete der Verwaltung und Rechtspflege, auf dem sich Staatsbeamte betätigen, unter diesen an erster Stelle steht. Jedenfalls ist es keinem Beamten untergeordnet. Ob es aber auch den Organen der Rechtspflege übergeordnet ist oder ob es diesen nur gleichsteht, kann erst eine Untersuchung des Verhältnisses dieses Zweiges der Staatsgewalt zu der sog. Vollziehungsgewalt zeigen, in deren Gebiete das Oberhaupt allen anderen Organen unbestritten übergeordnet ist.

Diese Stellung an der Spitze der Staatsbeamten, wenigstens soweit sie auf dem Gebiete der Staatsverwaltung tätig sind, berechtigt noch nicht allein, den obersten Staatsbeamten oder die oberste vollziehende und leitende Behörde als einen besonderen Begriff anzunehmen. Die besonderen mit der Stellung als republikanisches Staatsoberhaupt verbundenen Kompetenzen, die es vor allen anderen Staatsbeamten auszeichnen, folgen nicht nur daraus, dass das Oberhaupt in der Reihe der Beamten an erster Stelle steht, sondern auch vor allem aus seiner Aufgabe, über seine sog. exekutiven Befugnisse hinaus staatliche Funktionen wahrzunehmen.

2. Es genügt nun nicht, zu sagen, das republikanische

Staatsoberhaupt repräsentiere den Staat nach innen und aussen, es sei der Repräsentant des Staates. Denn versteht man unter Repräsentation „das Verhältnis eines Organes zu den Mitgliedern einer Körperschaft, demzufolge es innerhalb der Körperschaft den Willen dieser Mitglieder darstellt“ [1]), so teilt das Staatsoberhaupt diese Eigenschaft mit anderen staatlichen Organen, sie kommt ihm nicht allein zu. Parlament und Richter sind ebenfalls Repräsentanten. Wie diese ist das republikanische Staatshaupt sekundäres Organ eines anderen Organs. Dieses primäre Organ hat ausser dem Willen des sekundären Organs nur selbst Willen, soweit er ihm vorbehalten ist.

Ich halte es für verfehlt, einen scharfen Unterschied zu machen zwischen Kompetenzen, die sich auf die Verfassung und solchen, die sich auf eine unmittelbare Willensäusserung des primären Organs auf Grund des Vorbehaltes stützen. Jellinek [2]) bemerkt, dass die republikanischen Staatshäupter und Richter gewöhnlich unter dem Einflusse antiker Vorstellungen und der naturrechtlichen Lehre von der Volkssouveränität als Magistrate, Mandatare oder Beamte bezeichnet würden. Er ist der Meinung, dass sich damit eine schiefe Vorstellung verbände; denn der Beamte leite seine Organstellung niemals unmittelbar aus der Verfassung, sondern stets aus einem ihm gewordenen Auftrage des Dienstherrn ab. Dem gegenüber lässt sich darauf hinweisen, dass die Organstellung des Beamten wohl ebensogut aus den Beamtengesetzen und der Verfassung, soweit sie für ihn in Betracht kommt, sich herleitet als die des Staatshauptes aus der Verfassung. Die Verfassung ist ebenfalls nur ein Gesetz und dass in ihr neben anderen Normen über die rechtliche Struktur des Staates auch die Stellung des Staatshauptes ihre — oft nicht einmal vollständige — Regelung gefunden hat, beruht nur darauf, dass dieses Organ in dem Gefüge des Staates eine besonders wichtige Stellung einnimmt. Wären die einschlägigen Bestimmungen in einem besonderen Gesetze enthalten, so würde die Verfassung, die die Grundlinien der staatlichen Organisation, aber auch nur diese,

---

[1]) Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre S. 552; siehe auch dort die folgenden Ausführungen über den Begriff der Repräsentation.

[2]) System der subjektiven öffentlichen Rechte (2. Aufl.) S. 154 ff.

geben soll, unverständlich sein. Manche Verfassungen, z. B. die nordamerikanischen, behandeln im Zusammenhange mit der Rechtsstellung des Staatshauptes die Rechtsstellung der Staatssekretäre; diese leiten ihre Organstellung also auch unmittelbar aus der Verfassung her, ohne dass ihre Eigenschaft als Beamte bestritten ist und sie etwa für Repräsentanten des Staates im Umfange ihres Departements erklärt werden. Worin für den Beamten im Gegensatz zum Oberhaupte ein besonderer ihm gewordener Auftrag des Dienstherrn liegen soll, ist nicht ersichtlich, besonders nicht, wenn beider Stellung durch gleichmässig geordnete Wahl begründet wird. Allerdings steht das republikanische Staatshaupt nach der Wahl dem Kreationsorgan ähnlich selbständig gegenüber wie das gewählte Parlamentsmitglied seiner Wählerschaft, während die Staatssekretäre dem Präsidenten bzw. Governor unterstellt sind. Dies berührt aber nicht die Beamteneigenschaft des Staatshauptes, dessen Merkmale oben festgestellt sind. Die im Verhältnis zu anderen Staatsbeamten grössere Unabhängigkeit des Oberhauptes der Republik gründet sich nur auf die besonderen für ihn geltenden und sich aus seiner Stellung als Staatshaupt erklärenden Vorschriften der Verfassung. Anders als beim Parlamentsmitgliede sind ihr übrigens positivrechtliche Schranken gesetzt durch die grundsätzlich bestehende Verantwortlichkeit (Impeachment), von den übrigen Beziehungen zwischen Staatshaupt und Kreationsorganen (ausser den Elektoren), durch die ersteres in seinen Funktionen beschränkt wird, abgesehen.

Jellinek[1]) fasst nun den Präsidenten der Republik und den Bundesrat der Schweiz auf als Repräsentanten nur der exekutiven Gewalt; andererseits sei auch in der gegenwärtigen repräsentativen Demokratie die Volksrepräsentation nicht Repräsentant der ganzen potentiell als dem Volke zustehend gedachten Gewalt. Ist dieser Ansicht nicht beizutreten, wenn das Oberhaupt der Republik als Staatsbeamter erkannt und festgestellt ist, dass es nicht nur rein exekutive Funktionen wahrnimmt, so ist andererseits auch nicht das Staatshaupt ohne weiteres als Repräsentant des Staates oder der gesamten Staats-

[1]) System S. 155.

gewalt hinzustellen; denn es ist festzuhalten, dass die Legislative ihre eigenen Organe hat, und dass das Staatshaupt mindestens nicht alleiniger Repräsentant des Staates ist. Der Begriff des Repräsentanten ist daher jedenfalls als nicht eng genug für das republikanische Staatshaupt abzuweisen. Die Bezeichnung als Repräsentant der Exekutive setzt übrigens die Untersuchung, ob es einen Begriff der Exekutive gibt, voraus und ist von diesem Gesichtspunkte aus noch weiter unten zu behandeln.

III. 1. Von den Funktionen, die über die der sog. Exekutive allein oder in ihrem Verhältnisse zu den anderen Staatsgewalten hinausgehen und nur dem Staatsoberhaupte eigentümlich sind, ist zunächst das zu nennen, was gewöhnlich, nicht in dem eben entwickelten juristisch-technischen Sinne, die Repräsentation des Staates nach innen und aussen genannt wird. Von der Vertretung nach aussen, d. h. im völkerrechtlichen Verkehre, wird unten gesprochen werden, hier kommen nur Funktionen innerhalb des eigenen Staates in Betracht. Das Staatsoberhaupt hat bei Feierlichkeiten den Vortritt, und zwar in Kollegialrepubliken wiederum der Vorsitzende vor den übrigen Mitgliedern des obersten Rates [1]. Ein Recht, das ebenfalls dem Staatshaupte als solchen zusteht, ist die Innehabung des Staatssiegels in den nordamerikanischen Einzelstaaten [2], sowie in Uri (Art. 63) und Appenzell Inner-Rhoden (Art. 32), obgleich dessen Benutzung als ein Akt der Vollzugsgewalt anzusehen ist.

2. Ferner ist hier zu nennen das Begnadigungsrecht. Da es einen Eingriff in die Rechtspflege bedeutet, so soll es bei der Besprechung des Verhältnisses zu den Organen dieser Gewalt näher dargestellt werden. Das Oberhaupt ist strafrechtlich qualifiziert, sei es, dass ein erhöhter Schutz gegen

---

[1]) Französ. Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3: Il préside aux solennités nationales; Hervieu, Les ministres S. 220, 221; Dubs, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft Teil 2 S. 65, sagt vom Bundespräsidenten: „Man räumt ihm . . . gewisse Ehrenrechte ein; so hat er bei Feierlichkeiten den Vortritt; die Einladungen zu Festlichkeiten erfolgen in seinem Namen"; für die Schweiz siehe auch Dupriez, Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, Paris 1892, Bd. 1 S. 191.

[2]) The Great Seal of the State kept and used by the Governor: z. B. Arkansas VI 9, California V 14, Georgia IV 2, Nevada V 15.

Beleidigungen besteht [1]), sei es, dass es selbst nur unter gewissen Umständen verfolgt werden kann und seine Verantwortlichkeit stark beschränkt ist.

3. Den Senatsmitgliedern der deutschen Freien Städte [2]) zukommende Ehrenrechte sind z. B. das Recht auf Fürbitte im Kirchengebet und auf Amtstracht sowie das Recht der ersten Bürgermeister, die sonst nur die Repräsentation der Körperschaft nach aussen haben [3]), auf den ihnen eigentümlich gehörigen Privatfahrzeugen die Reichskriegsflagge wie die deutschen Fürsten zu führen [4]). Sodann stehen den Senaten als Kontingentsherren militärische Ehrenrechte zu. Dem Senate gebührt die Anrede „Hoher Senat". Weiter kommen als Prädikate vor: „Magnifizenz" für die hanseatischen Bürgermeister, in Massachusetts (Kap. I Sekt. I Art. I) und New Hampshire (Sekt. 41) für den Governor „His Excellency", in Massachusetts (Kap. II Sekt. II Art. I) für den Lieutenant-Governor „His Honor" [5]). Früher haben südamerikanische Präsidenten, besonders die von Peru und Bolivia tönende Titel angenommen, die an ihre besonderen Verdienste erinnern sollten; diese Titel sind meist fortgefallen, nur der Präsident von Peru hat durch Dekret vom 22. Mai 1880 sich den Titel eines Protektors der eingeborenen Rasse beigelegt [6]) [7]).

IV. Diese Funktionen und Ehrenrechte zeigen deutlich das Bestreben, dem republikanischen Staatsoberhaupte eine besondere Stellung zu geben, der nicht nur durch den Nachweis, dass das

---

[1]) Saint Girons, Manuel S. 389; von Melle, Das Hamburgische Staatsrecht S. 77, 78.

[2]) Vgl. von Melle S. 73ff.; Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 73; Bollmann, Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht S. 52.

[3]) Seelig S. 81; vgl. auch Klügmann, Staatsrecht von Lübeck S. 44.

[4]) Kaiserlicher Erlass vom 2. März 1886.

[5]) Nach Dubs a. a. O. führt auch der Bundespräsident der Schweizerischen Eidgenossenschaft den Titel Exzellenz, indes „ist derselbe mehr nur im Verkehr nach aussen üblich".

[6]) Pradier-Fodéré, Cours de droit diplomatique Bd. 1 S. 94, 95.

[7]) Das ausdrückliche Verbot, Titel, sofern sie nicht ein Amt bezeichnen, zu führen, findet sich in dem streng republikanisch-demokratisch gefassten Verfassungsentwurf der Freien Stadt Frankfurt v. J. 1848 (Geschichte der Frankfurter Zeitung S. 6).

Staatshaupt oberster Beamter ist, Genüge getan ist. Gewisse entgegenstehende grundsätzliche Bedenken zeigen sich zwar in manchen Verfassungsbestimmungen, z. B. auch in dem Umstand, dass die weitaus überwiegende Zahl der Republiken keine Prädikate des Staatshauptes kennt, jedoch ist unverkennbar eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der Rechtsstellung des Monarchen und des Präsidenten vorhanden, die noch auffallender ist, wenn man ihre wichtigsten Funktionen, z. B. auch ihr Verhältnis zu der Legislative vergleicht. Man kann daher erwägen, aus den beiden, monarchischen und republikanischen Staatsoberhäuptern gemeinsamen Merkmalen einen eigenen Begriff zu bilden. Die Benennung als Regierung ist nicht zu empfehlen wegen der verschiedenen mit diesem Worte verknüpften Bedeutung; so wird auch das dem Oberhaupte zunächst unterstellte Organ, das Ministerium, die Staatsregierung genannt. Der Inbegriff der Funktionen des Staatsoberhauptes wird besser als Staatsvorstandschaft[1]) bezeichnet. Eine Gleichsetzung beider Staatshäupter in dieser Weise bietet an sich keine Gefahr, da nun die den Unterschied ihrer Rechtsstellung bestimmenden allgemein-staatsrechtlichen Grundlagen festgelegt sind. Eine richtige Auffassung des Begriffes des republikanischen Staatsoberhauptes ist nur möglich, wenn das objektive Verfassungsrecht eine gleichmässige Berücksichtigung erfährt. Es darf nicht einseitig seine Gleichsetzung entweder mit übrigen Staatshäuptern[2]) oder mit anderen Staatsbeamten[3]) betont werden, sondern es sind beide Seiten seiner Stellung, seine Eigenschaft als Staatsbeamter wie im besonderen die als Staatsvorstand festzuhalten.

---

[1]) Dieser Begriff findet sich auch bei Gareis, Allgemeines Staatsrecht S. 46, und bei Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 69. Über die an Stelle eigener Ausübung der vollziehenden Gewalt tretende leitende und regierende Tätigkeit des Staatshauptes vgl. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 35.

[2]) Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 183: „Es ist für den Begriff der Einherrschaft gleichgültig, ob der Monarch König, Präsident oder Konsul heisst".

[3]) Freeman, Presidential Government (S. 382): „Not the King, but the First Minister fills the position which is really analogous to that of the President of a republic".

Die Oberhäupter der Republiken sind von staatlichen Organen gewählte, die Funktionen der Spitze der Verwaltung sowie solche der Staatsvorstandschaft wahrnehmende, in ihrer Rechtsstellung durch die Verfassung bestimmte Beamte.

Zweiter Abschnitt

Die Stellung im besonderen

§ 8. Die Kompetenz des republikanischen Staatsoberhauptes und das Verhältnis zu anderen Staatsorganen.

Nachdem im ersten Teile der Begriff des republikanischen Staatshauptes unter Heranziehung der zur Feststellung erforderlichen Normen der allgemeinen Staatslehre wie des objektiven Verfassungsrechts gefunden ist, soll nunmehr seine Stellung im einzelnen unter Berücksichtigung der übrigen konkreten Verfassungsbestimmungen ausgeführt werden. Da es aber nicht die Aufgabe ist, eine lehrbuchmässige Übersicht der Bestimmungen aller republikanischen Verfassungen zu geben, kann dies auch hier nur soweit der Fall sein, als nach allgemeinem republikanischen Staatsrechte die Stellung des Staatshauptes bestimmt wird und die einzelnen Vorschriften besondere bezeichnende Rechtsnormen enthalten.

I. Der Umfang der Amtstätigkeit eines Staatsbeamten, soweit er ihm durch die Rechtsordnung zugewiesen ist, heisst seine Kompetenz. Die Kompetenz des republikanischen Staatshauptes ergibt sich aus der Verfassung; andere die Rechtsstellung der Beamten regelnde Gesetze werden durch die Verfassung, die hier als lex specialis wirkt, ausgeschaltet.

Im einzelnen kann man die Kompetenz des Staatshauptes nach verschiedenen Gesichtspunkten betrachten. Oben haben wir bei der Untersuchung des Inhaltes des Staatsamtes Rechte und Pflichten geschieden, dabei aber gesehen, dass beide oft zusammenfallen und diese Einteilung daher nicht befriedigt.

Wir können nun die Kompetenz des Oberhauptes betrachten im Verhältnisse zu den übrigen mit der Wahrnehmung der Staatsgeschäfte betrauten Organen.

Als Funktionen der Staatsgewalt werden herkömmlicherweise im Anschlusse an die Lehre von der Gewaltenteilung die Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung genannt. Diese Einteilung ist zwar als unrichtig angegriffen worden [1]), da durch sie die Einheitlichkeit des Staates vernichtet werde, und da Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung durchaus nicht drei gleichwertige Begriffe, sondern die beiden letzteren von der gesetzgebenden Gewalt abhängig seien. Dennoch mag diese Einteilung der folgenden Darstellung der Kompetenz des Staatschefs zugrunde gelegt werden, ohne dass zunächst die Berechtigung der Neben- oder der Unterordnung dieser Gewalten untersucht wird. Nach der Lehre von der Teilung der Gewalten steht im republikanisch-demokratischen Staate die Gesetzgebung dem Volke, die richterliche Gewalt den Richtern und die Verwaltung oder Exekutive dem Staatshaupte und den ihm unterstellten Beamten zu.

II. Wir wenden uns zunächst der gesetzgebenden Gewalt [2]) zu.

1. Sie wird in den heutigen Republiken meist von Organen des Trägers der Staatsgewalt ausgeübt, nämlich von dem Parlamente, der Repräsentation des Staates. Der Begriff der Repräsentation, wie er oben besprochen ist, hat sich aus dem ursprünglichen engeren Begriffe der Vertretung des Volkes bei der Gesetzgebung entwickelt. Er ist zuerst von Locke aufgestellt und von Montesquieu weitergeführt worden [3]). Er fügt sich dem Gedankenkreise dieser beiden Staatstheoretiker,

---

[1]) wie z. B. Meyer, Staatsrecht S. 28, feststellt.

[2]) Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechtes nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 12, 13, definiert die gesetzgebende Gewalt als die rechtssetzende Gewalt, die Macht, alles im Staate souverän zu regulieren und jedem durch abstrakte Normen die Grenzen seines Dürfens und Sollens in unverbrüchlicher Weise vorzuschreiben.

[3]) Vgl. Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 225, 226, 232. Zu dem Begriffe auch Rieker, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Leipzig 1894.

dem auch die Lehre von der Gewaltenteilung entstammt, ein: Locke geht davon aus, dass der menschliche Selbsterhaltungstrieb zur Schaffung von Staaten, also auch zu einer Staatsgewalt geführt habe, zugleich aber auch dazu, der menschlichen Freiheit und Gewalt Schranken zu setzen; es tritt daher den Organen der Staatsgewalt das Volk kontrollierend und hemmend gegenüber, und zwar durch ständige Stellvertreter, seine Repräsentanten. Bei der rechtlich verschiedenen Stellung dieser Organe der Staatsgewalt, insbesondere der obersten Vollzugsorgane, der Staatshäupter in Monarchie und Republik, ist auch der Charakter dieser Repräsentation verschieden. Während in der konstitutionellen Monarchie das Parlament, wie dies auch aus seiner geschichtlichen Begründung folgt, dem Monarchen gegenüber im wesentlichen eine dessen Befugnisse beschränkende Aufgabe hat und die Rechte des Volkes zur Geltung bringt, ist im republikanischen Staatsrechte der Name Volksvertretung irreführend.

Das Parlament spielt in der Republik eine doppelte Rolle. Es ist zunächst Repräsentant des Volkes, des Trägers der republikanisch-demokratischen Staatsgewalt, und steht daher über allen beamteten Organen. Insbesondere tritt es dem republikanischen Staatshaupte nicht nur kontrollierend und hemmend entgegen, um etwa die Rechte des Volkes als eines gleichgeordneten Teiles der Staatsbürgerschaft zu wahren, sondern es ist ein ihm übergeordnetes Staatsorgan. Als solches hat es, wie wir oben gesehen haben, in manchen Republiken das Staatshaupt zu wählen und dessen Demission entgegenzunehmen; ihm gegenüber ist das Staatshaupt verantwortlich. Sodann ist das Parlament Hauptorgan der Gesetzgebung. Die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt gilt als eine dem Träger der Staatsgewalt normalerweise zukommende Aufgabe, wenn sie für ihn auch nicht begriffswesentlich ist und nach ihr deshalb nicht die Staatsform bestimmt werden kann. In der Monarchie nimmt der Monarch, allein oder unter Mitwirkung des Volkes, die Gesetzgebungsfunktion wahr, in der Republik steht sie entsprechend dem Volke bzw. seiner Repräsentation zu. Ob die republikanische Volksvertretung in dieser ihrer Eigenschaft den anderen Staatsorganen über- oder untergeordnet ist,

ist weiter unten zu prüfen. Jedenfalls sind die parlamentarischen Körperschaften in der Republik nicht einseitig auf die Rolle als Volksvertretung oder die als gesetzgebende Versammlung festzulegen [1]).

Die Republiken haben, wie die meisten konstitutionellen Staaten überhaupt, als Form der parlamentarischen Körperschaften fast durchgängig das Zweikammersystem angenommen; beide Kammern erhalten in ihrer Vereinigung oft einen besonderen Namen. In Frankreich bilden Senat und Deputiertenkammer die Nationalversammlung, in Mexiko den Generalkongress, in Argentinien und Brasilien den Kongress; in den Vereinigten Staaten von Amerika vereinigen Senat und Repräsentantenhaus sich zum Kongresse, in den nordamerikanischen Einzelstaaten diese beiden Häuser sich zum General Court oder General Assembly. In den Freien Städten liegt die Gesetzgebung in den Händen von Senat und Bürgerschaft. In der Schweiz besteht die Bundesversammlung aus dem Nationalrate und dem Ständerate. Die „oberste gesetzgebende Behörde" der Kantone ist der Kantonsrat oder Grosse Rat, Grand Conseil, Gran Consiglio, Landrat; es besteht hier also das Einkammersystem. In zahlreichen Kantonen sind ausserdem manche sich auf die Gesetzgebung beziehenden Rechte der Landsgemeinde, der Gesamtheit der stimmberechtigten Staatsbürger, vorbehalten geblieben, z. B. das Referendum, das Veto und die Initiative; letztere jedoch nicht ausschliesslich. Auch in der Eidgenossenschaft besteht ein fakultatives Referendum (Bundesverfassung Art. 89). Es lässt sich zwar eine die genannten Volksrechte begünstigende Tendenz feststellen, doch fehlt es den diese Rechte ausübenden Aktivbürgerschaften im

---

[1]) Nach Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 562, repräsentieren die gesetzgebenden Versammlungen nicht das Volk nach allen Richtungen; in eigentümlicher Weise vermähle sich die Lehre von der Gewaltenteilung mit der der Volkssouveränität zunächst in den Vereinigten Staaten, wo Präsident und Governor, die Innehaber der vollziehenden Gewalt, nicht minder Repräsentanten des Volkes seien als die Legislative. Andererseits will Duguit, L'État, les gouvernants et les agents S. 137, das Parlament deshalb nicht als gesetzgebende Gewalt aufgefasst wissen, da es oft nur der Sanktion des Staatschefs bedürftige Gesetzentwürfe anfertige, da der Staatschef selbst gesetzliche Verordnungen erlasse und da es auch richterliche und verwaltende Funktionen habe.

Gegensatze zu der Landsgemeinde natürlich an einer körperschaftlichen Organisation. Die nordamerikanischen Einzelstaaten haben meist ein obligatorisches Verfassungsplebiszit und einige von ihnen auch ein spezielles, für bestimmte, in der Verfassung bezeichnete Gegenstände gegebenes und immer obligatorisches Gesetzesplebiszit [1]). Für die Verfassungsänderungen werden besondere Konventionen gewählt, die weder gesetzgebende Versammlungen noch Regierungsbehörden sind [2]).

Die Qualifikation als Mitglied der gesetzgebenden Gewalt ist, die Eigenschaft eines Aktivbürgers vorausgesetzt, durch die Wahl bedingt; grundsätzlich ist jeder Aktivbürger wählbar [3]).

In vier der kleineren Kantone, Unterwalden ob und nid dem Wald (Art. 39 bzw. 52), Appenzell Ausser- und Inner-Rhoden (Art. 27 bzw. 32), führt nun das Staatshaupt, der Landammann, das Präsidium der Landsgemeinde. Ausserdem ist er Vorsitzender der vollziehenden Behörde, deren Mitglied er ist, und in Appenzell Ausser-Rhoden präsidiert er auch noch dem Grossen Rat und in Unterwalden nid dem Wald dem Landrate. Im Gegensatz zu diesen vier Kantonen ist in allen übrigen Republiken der Grundsatz der Gewaltenteilung schärfer durchgesetzt, insbesondere hat die Legislative überall ihren eigenen Präsidenten, der mit dem Hauptexekutivorgane nicht identisch ist. Beide Organe treten vielmehr nur soweit miteinander in Berührung, als die ihnen verfassungsmässig obliegenden Geschäfte die Gelegenheit dazu bieten. Im Kanton Freiburg jedoch darf der Präsident des Grossen Rates zu jeder Zeit von den Handlungen der vollziehenden Gewalt Kenntnis nehmen (Art. 53 Abs. 4).

2. Den Organen der gesetzgebenden Gewalt gegenüber stehen

---

[1]) Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken S. 182.

[2]) Moll, Der Bundesstaatsbegriff in den Vereinigten Staaten von Amerika von ihrer Unabhängigkeit bis zum Kompromisse von 1850 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft V), Zürich 1905, S. 51, 53.

[3]) Frau v. Staël schlug vor, dass die gesetzgebende Gewalt in der Republik in der Hauptsache aus Soldaten und aufgeklärten Denkern bestehen solle; von ersteren sei besonders eine Festigung des republikanischen Gedankens zu erwarten (Weber-Lutkow, Die Gedanken der Frau v. Staël über Revolution und Republik, in der Beilage zur Münchener Allgemeinen Zeitung 1906 Nr. 161).

dem Oberhaupte zunächst nur solche Rechte zu, die sich gleichzeitig als Verwaltungsfunktionen charakterisieren lassen und die nur den Gang der Gesetzgebung berühren. Man kann sie als formelle Rechte bezeichnen, im Gegensatze zu den materiellen Rechten, den sich auf das Gesetzgebungswerk selbst beziehenden Funktionen des Staatshauptes.

a) Hier ist vorerst das Recht[1]) die Kammern zu berufen anzuführen[2]). Wo nicht bereits durch die Verfassung für die Wahlen bestimmte Termine fortgesetzt sind, hat das Staatshaupt den Tag für die Wahlen anzusetzen[3]). Der Zeitpunkt, zu dem die Kammern zusammentreten, oder die Fristen, innerhalb deren sie berufen werden müssen, sind meist verfassungsmässig festgelegt[4]); es bleibt daher regelmässig dem Staatshaupte in dieser Beziehung wenig Spielraum. Dagegen kann das Staatshaupt sie bei ausserordentlichen Gelegenheiten berufen[5]). In Frankreich muss der Präsident die Kammern berufen, wenn es deren Mehrheit fordert, in Mexiko (Art. 85 Nr. 12) auf Verlangen des permanenten Kongressausschusses; in einigen nordamerikanischen Staaten[6]) kann der Governor sie an einen andern Ort als an den Sitz der Regierung berufen, wenn dieser durch Krieg oder Krankheit bedroht ist, in andern Staaten[7]) ist bestimmt, dass nur über die Frage, deretwegen die Berufung erfolgt ist, beraten werden darf. In den Hansestädten ist der Senat berechtigt, aber unter

---

[1]) Hier wie auch weiterhin wird von Rechten nicht immer im Gegensatz zu den Pflichten gesprochen werden; Recht ist dann gleichbedeutend mit Funktion; vgl. aber Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 605 („freie Tätigkeit").

[2]) Arndt, Über Anfang, Unterbrechung und Schluss der Legislaturperioden oder: comment le pouvoir exécutif arrête le pouvoir législatif? in den Annalen 1903 S. 722: nach Montesquieu soll die vollziehende Gewalt Beginn, Vertagung und Schluss der Legislative bestimmen; S. 738: ein noch nicht eröffnetes Parlament besteht als solches noch nicht.

[3]) Französ. Gesetz vom 2. August 1875 Art. 1.

[4]) Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika Art. I Sekt. 4; französ. Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 5 Abs. 2 und vom 16. Juli 1875 Art. 3.

[5]) Französ. Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 2; Verfassung der Vereinigten Staaten Art. 2 Sekt. 3; Chilenische Verfassung Art. 73 Nr. 5; Argentinische Verfassung Art. 86 Nr. 12.

[6]) z. B. Alabama V 10, California V 9, Delaware III 12.

[7]) Arkansas VI 19, Colorado IV 9, Florida VI 8, Illinois V 8.

Umständen auch gezwungen, die Bürgerschaft zu berufen [1]. In Argentinien (Art. 86 Nr. 11) und Brasilien (Art. 49 Nr. 9) eröffnet der Präsident jedes Jahr die Sitzungen der vereinigten Kammern.

b) Ein wichtigeres Recht ist das der Vertagung des Parlamentes. Nach amerikanischem Staatsrechte können die Häuser vertagt werden, wenn eine Übereinstimmung zwischen ihnen nicht erzielt werden kann; in den Einzelstaaten muss dies dem Governor angezeigt werden, der in bestimmter Zeit jedoch das Parlament wieder berufen muss [2]. Auch in Frankreich [3] sind Einschränkungen gegeben, die Vertagung darf nicht den Zeitraum von einem Monat überschreiten und nicht mehr als zweimal in derselben Sitzungsperiode erfolgen. In demselben Artikel ist bestimmt, dass der Präsident die Schliessung der Session ausspricht.

In manchen süd- und mittelamerikanischen Republiken (z. B. Mexiko Art. 73, 74) besteht in der Zeit, in der der Kongress nicht versammelt ist, ein Ausschuss des Parlamentes, der dem Präsidenten gegenüber eine Art Kontrolle ausübt [4].

3. An materiellen Rechten, durch die das Oberhaupt der Republik Einfluss auf die Gesetzgebung selbst hat, kommt zuerst

a) unter den positiven Funktionen

α) die Initiative in Betracht. Sie steht zu dem französischen Präsidenten [5], dem Präsidenten Mexikos (Art. 65), den Senaten der Hansestädte [6], in der Schweiz dem Bundesrat (Art. 102 Nr. 4) und den Vollziehungsbehörden in den Kantonen Bern Art. 41, Zürich Art. 40, Freiburg Art. 52, Solothurn Art. 38, St. Gallen Art. 62, Waadt Art. 59, Tessin Art. 26, Aargau und Thurgau Art. 39, Schaffhausen Art. 66, Wallis Art. 43; allerdings steht das Recht diesen Organen nicht ausschliesslich zu.

---

[1] Lübeck Art. 37, Bremen § 49, Hamburg Art. 50.

[2] Verfassung der Union II 3, Jowa IV 13, Kentucky III 13.

[3] Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 2 Abs. 2.

[4] Matter, La dissolution des assemblées parlementaires, Paris 1898, S. 255: „une députation de permanence, c'est-à-dire de méfiance".

[5] Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3; auch findet eine Verfassungsänderung statt „sur la demande du Président" (Art. 8).

[6] von Melle (Hamburg) S. 42; Klügmann (Lübeck) S. 50; Sievers (Bremen) S. 75.

Das nordamerikanische Staatsrecht hat es in Durchführung des Grundsatzes der Gewaltenteilung zwar vermieden, dem Oberhaupte ein so offensichtliches Recht wie die Initiative zuzuerkennen; doch besteht ein nicht unwesentlicher Einfluss auf den Gang der Gesetzgebung. Dem Präsidenten der Union ist bereits in der üblichen Rede, die er bei seinem Amtsantritte am 4. März vor dem Kapitol hält, Gelegenheit gegeben, sein Programm zu entwickeln. Nach Art. 2 Sekt. 3 soll er ferner von Zeit zu Zeit den Kongress über die Lage der Union informieren und dessen Beratung Massregeln, die er für nötig und nützlich hält, anempfehlen. Dieses Recht wird jetzt in der Weise gehandhabt, dass alljährlich bei der Eröffnung des Kongresses der Präsident eine schriftliche Botschaft, Message, an den Kongress richtet, während Washington bei dieser Gelegenheit persönlich redete und dann in königlichem Aufzuge erschien [1]). Ausser diesen jährlichen Botschaften lässt der Präsident dem Kongresse weitere Botschaften zugehen, so oft er es für nötig hält oder der Kongress es wünscht. Die Einzelstaaten kennen dies Institut ebenfalls; zuweilen findet sich die ausdrückliche Bestimmung, dass die Botschaft geschrieben werden muss [2]). Gleichzeitig mit der Botschaft übersendet der Präsident zu Beginn der Session eine Reihe Berichte der verschiedenen ihm untergeordneten Verwaltungsdepartements, die auf diese Weise ebenfalls Gelegenheit haben, dem Kongresse wünschenswerte Gesetze anzugeben [3]). Es stehen somit auch in Nordamerika der Exekutive ausreichende Mittel zu Gebote, gesetzgeberische Massnahmen anzuregen, wenn auch nicht verkannt werden darf, dass sie im Unterschiede zur Initiative nicht mit unmittelbar rechtlicher Wirkung den Gesetzgebungsapparat in Bewegung setzen. Die Messages sind in gewisser Beziehung mit den monarchischen Thronreden zu vergleichen.

In entsprechender Art verkehrt auch der französische Präsident mit den Kammern durch Botschaften, die von den Ministern verlesen werden [4]).

---

[1]) Bosc, Les droits législatifs du président des États-Unis d'Amérique, Paris 1906, S. 76, 77.

[2]) z. B. Pennsylvania IV 11, Alabama V 11, Louisiana Art. 63.

[3]) Bosc S. 85.

[4]) Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 6.

β) Während in fast allen andern Republiken die Exekutive an der Beratung der Gesetze, an der Feststellung des Gesetzesinhaltes, keinen Anteil hat — abgesehen von den Hansestädten, in denen der Senat zugleich gesetzgebender Faktor ist, und in denjenigen Schweizer Kantonen, in denen der Landammann der Landsgemeinde präsidiert —, ist es gerade die nordamerikanische Union, in der trotz der scharfen Gewaltensonderung der Präsident eine Einwirkung auf den Gang der Gesetzgebung ausübt. Es liegt hier ein Fall des konventionellen Rechtes vor. Wie das Volk unter praktischer Umgehung der Elektoren in Wirklichkeit den Präsidenten selbst wählt, so stehen auch trotz der Verfassung Exekutive und Legislative nicht in einem derartigen Gegensatze zueinander, wie man vermuten sollte; Präsident, Senatoren und Repräsentanten werden durch dieselbe mächtige Wahlorganisation gewählt; der Präsident gehört also der Partei, die die Kongressmajorität hat, an [1]). Das Schicksal des Gesetzes bestimmt sich weiter nicht durch seine Aufnahme im Kongress, sondern es wird bereits durch die Ausschüsse (Committees) des Kongresses geschaffen. Dadurch nun, dass die Ausschüsse von ihrem Rechte, ihnen genehme Personen zu hören, Gebrauch machen und die Meinung der Staatssekretäre einholen, wirkt die Exekutive durch ihren Einfluss in den Committees wesentlich auf die Beratung der Gesetze ein [2]).

γ) Das republikanische Staatshaupt entfaltet regelmässig eine verfassungsmässige Tätigkeit erst wieder nach der Fertigstellung des Gesetzes durch die Legislative. Ein Gesetzentwurf wird zum eigentlichen Gesetz erst, wenn ihm der Gesetzesbefehl, die Sanktion, erteilt ist. Dieses Recht der Sanktion kann seiner Bedeutung wegen nur demjenigen staatlichen Organe zustehen, welches nach dem Sinne der Verfassung die Funktionen des Gesetzgebers wahrnehmen soll. Grundsätzlich hat daher das republikanische Staatshaupt dieses Recht nicht, denn die konstitutionellen Verfassungen haben sämtlich, mehr oder minder durchgeführt, die Wahrnehmung der einzelnen staatlichen Funktionen verschiedenen Organen übertragen [3]). Nur die Verfassungen

[1]) Bosc S. 89 ff., 99.
[2]) Bosc S. 106.
[3]) Casimir-Périer, Vorwort zu Bompard, le Véto S. VI: sanction . . .

Argentiniens Art. 86 Nr. 4, Brasiliens Art. 48 und Chiles bestimmen, dass der Präsident die Gesetze sanktioniere. Hierunter kann jedoch für Argentinien nicht in der üblichen Bedeutung die Erteilung des Gesetzesbefehls verstanden werden. Denn abgesehen von dem grundsätzlichen Bedenken ist im Art. 73 die Formel für die Sanktion aufgeführt, die des Präsidenten in keiner Weise Erwähnung tut; die Bestimmungen über den Gang der Gesetzgebung (Art. 36, 68 ff.) sprechen überhaupt nicht von einem Sanktionsrecht des Präsidenten. Diese Antinomie wird dahin zu erklären sein, dass unter der Sanktion des Präsidenten die Billigung des Gesetzentwurfes zu verstehen ist, wie sie in Art. 69 erwähnt ist. Die Verfassung Brasiliens dagegen bestimmt ausser in dem angeführten Artikel, in dem Sanktion, Promulgation und Publikation als Rechte des Präsidenten aufgezählt werden, in dem Art. 16 ausdrücklich, dass die gesetzgebende Gewalt vom Nationalkongresse mit der Sanktion des Präsidenten der Republik ausgeübt werde. Die Sanktionsformel (Art. 37 § 4) lautet dementsprechend: „Der Nationalkongress beschliesst und ich sanktioniere folgendes Gesetz". Hiernach erschiene in Brasilien der Präsident allerdings als ein wichtiger Faktor der Gesetzgebung. Jedoch ist die Sanktion nicht unüberwindlich; wie aus den §§ 1—3 des Art. 37 hervorgeht, wirkt ihre Verweigerung nur wie das amerikanische Veto, sie kann durch zweidrittel Majorität ersetzt werden und ist also nur als eine Umschreibung des Vetorechts aufzufassen. Ebenso nimmt in Chile der Präsident an der Bildung der Gesetze teil, indem er sie sanktioniert und promulgiert (Art. 73 Nr. 1).

δ) Ein Gesetz muss, um Geltung zu haben und angewendet werden zu können, zur öffentlichen Kenntnis gebracht sein. Es finden sich hierfür die Bezeichnungen Ausfertigung, Promulgation, Publikation der Gesetze. Die Ausfertigung ist die Prüfung des verfassungsmässigen Zustandekommens des Gesetzes und die Feststellung seines authentischen Textes. Die republikanischen Verfassungen gebrauchen diese Bezeichnung zwar nicht, doch ist die Ausfertigung als notwendige Stufe des Gesetz-

---

incompatible avec le régime républicain. Saint Girons, Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris 1881, S. 259, und Manuel de droit constitutionnel, 2. édit., Paris 1885, S. 375, nimmt an, dass die Exekutivgewalt die Sanktion habe.

gebungswerkes anerkannt [1]). Die Form der Ausfertigung ist in Hamburg: „Der Senat hat in Übereinstimmung mit der Bürgerschaft beschlossen und verkündet hierdurch als Gesetz was folgt“ [2]). Die Promulgation ist ein recht unklarer Begriff [3]). Jedenfalls ist sie nicht mit der Publikation gleichbedeutend, denn beide Begriffe kommen nebeneinander vor; gleichwohl wird promulgieren zuweilen in demselben Sinne wie verkünden gebraucht. Da unter der Publikation nur die Anordnung zur Veröffentlichung und Verkündigung der Gesetze verstanden werden kann, ist die Promulgation, wenn sie neben der Publikation erscheint, wohl am besten als die die Publikation vorbereitende, nach der Tätigkeit der Legislative der Exekutive zukommende Funktion anzusehen; als solche kommt aber nur die Prüfung der Gesetze daraufhin, ob sie zur Veröffentlichung geeignet sind, also die erwähnte Ausfertigung in Betracht. Promulgation und Publikation stehen dem Präsidenten zu in Brasilien Art. 48 Nr. 1. Wo dagegen die Promulgation als einzige einschlägige Funktion des Präsidenten erscheint, wird sie auch die Anordnung der Veröffentlichung mit umfassen; dies ist der Fall in Frankreich (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3, vom 16. Juli 1875 Art. 7), Mexiko Art. 85, Argentinien Art. 86 Nr. 4; die Befugnis der Promulgation hat die Vollziehungsbehörde in Uri Art. 62, Neuenburg Art. 49, Genf Art. 82. In Thurgau Art. 39 veröffentlicht der Regierungsrat die Gesetze, in Hamburg Art. 61 Abs. 3 (Art. 77: innerhalb 14 Tagen) verkündet der Senat die Gesetze [4]), ebenso gehört in Lübeck (Art. 49) und in Bremen § 57[1] die Publikation zum Wirkungskreise des Senates.

---

[1]) Grundsätzliches bei Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preussen, Breslau 1898, S. 68.

[2]) von Melle S. 86; im übrigen Wolffson, Staatsrecht Hamburgs S. 22.

[3]) Fleischmann S. 69. Über diese Begriffe vgl. auch Folleville, De la promulgation et de l'application des lois et des décrets, Douai et Paris 1876, S. 9; Batbie, Traité Bd. 8 S. 512: „promulgue: c'est-à-dire déclare exécutoires“; Schollenberger, Kantonalrecht S. 237.

[4]) Vgl. auch von Melle, Hamburgisches Staatsrecht S. 85. Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 72, meint unter Berufung auf Art. 20 der Verfassung, der Senat müsse das Leben eines nach seiner Meinung nicht verfassungsmässigen oder nicht zweckmässigen Gesetzes durch dringliche Anträge und Hinausschieben des Publikationstermins zu vernichten trachten.

Die Aufgabe, die Gesetze zur allgemeinen Kenntnis zu bringen, ist also durchgängig der Spitze des Staates in Republiken sowohl wie in Monarchien zugefallen. Sie ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht [1]). Denn wenn nach Belieben die Bekanntmachung unterlassen werden könnte, so hätte das Staatshaupt dadurch mittelbar ein wie eine Sanktionsverweigerung wirkendes Vetorecht in der Hand, es bestände die Möglichkeit unliebsame Gesetze zu unterdrücken, was nicht dem Sinne der Verfassung entsprechen würde [2]). Eine Zeichnung der Gesetze durch das Staatshaupt unter ministerieller Gegenzeichnung enthält nur die Feststellung, dass die zur Gültigkeit des Gesetzes nötigen Willensäusserungen der Legislative vorliegen, sie bringt nicht eine eigene Willensäusserung zum Ausdruck. Im Hinblick hierauf sind Vorkehrungen getroffen worden. Dem französischen Präsidenten ist für die Promulgation eine Frist von einem Monate bzw., wenn das Gesetz für dringend erklärt ist, von drei Tagen gesetzt (Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 7). Die nordamerikanischen Verfassungen erwähnen ausdrücklich die Promulgation oder die Publikation nicht. Es wird hier ein Gesetz, nachdem es vom Kongresse angenommen ist, regelmässig durch die Unterzeichnung des Präsidenten oder des Governors perfekt, dem es vorgelegt werden muss, um ihm Gelegenheit zur Ausübung seines Vetorechtes zu geben [3]); billigt er das Gesetz nicht und verweigert er seine Unterschrift, ohne es innerhalb einer mehrtägigen Frist zurückzusenden, so wird es dennoch Gesetz [4]). Die Ausfertigung und Verkündung der Gesetze ist Pflicht des Staatssekretärs [5]).

Die Ausfertigung ist nicht mit der Sanktion gleichbedeutend; doch ist das Verhältnis beider zueinander nicht un-

---

[1]) Nach Art. 38 der Verfassung Brasiliens promulgiert der Präsident oder Vizepräsident des Senates im Namen des Kongresses, wenn innerhalb 48 Stunden die Promulgation durch den Präsidenten der Republik nicht erfolgt ist.

[2]) Ebenso besteht richtiger Ansicht nach eine Pflicht des deutschen Kaisers zur Verkündung der Reichsgesetze, da zu deren Zustandekommen nur das Zusammenwirken des Bundesrats und Reichstages nötig ist (Art. 5 der Reichsverfassung); anders Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900, S. 54 Anm. 5.

[3]) If he approves he shall sign it: Verfassung der Vereinigten Staaten Art. I Sekt. 7 § 2, Alabama V 13, Arkansas VI 15, usw.

[4]) Vgl. unten S. 134.

[5]) Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat S. 320.

bestritten. Während die herrschende Lehre auf die Feststellung des Gesetzesinhaltes die Sanktion und erst nach dieser die Ausfertigung folgen lässt, vertritt Fleischmann[1]) den Standpunkt, dass die Ausfertigung der Sanktion vorausgehe, da der Gesetzesbefehl erst erteilt werden könne, wenn alle Vorbedingungen für das ins Leben Treten des Gesetzes erfüllt seien und im besonderen eine fehlerfreie Gesetzesurkunde vorläge. Beide Lehren setzen m. E. eine verschiedene Auffassung des Begriffes der Ausfertigung voraus. Wird als Aufgabe der Ausfertigung die Feststellung des Gesetzestextes zum Zwecke der Beendigung des Gesetzgebungswerkes durch die Sanktion angesehen, so ist sie als Grundlage und Voraussetzung der Sanktion dieser voranzustellen. Sieht man dagegen in der Ausfertigung das verbindende Glied zwischen dem Gesetzgebungswerke und der Gesetzesanwendung, so folgt sie nach der Sanktion, denn sie soll nicht nur dem Gesetzgeber den seinem Inhalte nach festgestellten Gesetzestext nachweisen, sondern auch allgemein nach aussen hin die Existenz eines vollgültigen, also sanktionierten Gesetzes bezeugen. Ich nehme für die Ausfertigung diese weitergehende Aufgabe und einen entsprechenden Begriff an. Vor der Sanktion ist die Gesetzesurkunde noch kein Gesetz, sondern nur ein Entwurf; die Funktion des ausfertigenden Organs erschöpft sich aber nicht hier mitten im Gesetzgebungswerke, seine Tätigkeit ist zum mindesten nicht mit der Prüfung des noch zu sanktionierenden Gesetzestextes, die ebensogut dem Gesetzgeber zukommt, abgeschlossen. Jedes Gesetz bedarf der Ausfertigung, doch erfolgt diese erst, nachdem die eigentlichen legislativen Organe ihre Tätigkeit bei der Gesetzesbildung (also die Sanktion eingeschlossen) beendigt haben. Die Ausfertigung vermittelt die Handhabung des Gesetzes, sie garantiert der Anwendung des Gesetzes durch die Feststellung des Textes und die Prüfung der Voraussetzungen die rechtmässige Existenz des Gesetzes. Sie ist also eine Funktion bereits verwaltender (exekutiver) Natur, wie sich dies gerade in der Republik zeigt, in

[1]) Weg der Gesetzgebung S. 68 ff. Anschütz in der Besprechung von Fleischmanns Schrift (Forschungen zur brandenburgischen und preussischen Geschichte XII 318) stimmt diesem zu, hält die Frage jedoch nicht für praktisch. Nicht ablehnend Laband im Archiv für öffentliches Recht XIII 611.

der nicht wie in der Monarchie das ausfertigende Organ mit dem Staatshaupte als Organe der Legislative identisch ist. Wird auch die Sanktion zum Gegenstande der Prüfung gemacht, so ist allerdings die Folge, dass, wie Fleischmann gegen die herrschende Lehre anführt, einem sanktionierten Gesetze die Ausfertigung verweigert werden kann und dass so die Sanktion einen Teil seiner Bedeutung verliert. Dies widerspricht aber nicht dem logischen Gange der Gesetzgebung, indem zuerst ein Gesetz mit allen seinen Erfordernissen bestehen muss, um ausgefertigt und danach verkündet zu werden. Gegenstand der Ausfertigung ist nur die Prüfung des rechtmässigen Zustandekommens, nicht aber ein materielles Urteil über das Gesetz, daher kann auch eine der Sanktion folgende Ausfertigung nicht wie eine Sanktion wirken; der Gesetzesbefehl braucht nicht erteilt zu werden, er begreift also ein Urteil in sich, die Ausfertigung dagegen ist bei einem objektiven Befunde seiner Voraussetzungen, wie gesagt, eine Pflicht des Staatsoberhauptes. Schliesslich kann ein sanktioniertes Gesetz der Prüfung, ob die Sanktion vorliegt, nicht entbehren, es bedürfte also, auch wenn bereits zum Zwecke der Erteilung des Gesetzesbefehls ausgefertigt wäre, der nachfolgenden Ausfertigung.

ε) Eine Möglichkeit, materielle Gesetze zu schaffen, besteht für das republikanische Staatshaupt darin, dass ihm das Verordnungsrecht übertragen ist. Eine Verordnung ist ein Gesetz im weiteren Sinne, unterscheidet sich jedoch von einem Gesetze im engeren Sinne dadurch, dass das Recht, Verordnungen zu erlassen, gewöhnlich auf weniger wichtige und umfangreiche Gebiete sich bezieht und daher meist von der gesetzgebenden Gewalt, der es natürlich an sich zusteht [1]), der Regierungsgewalt übertragen ist [2]). Insoweit Verordnungen in den Rechtszustand

[1]) Nach Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, S. 342, wird das Verordnungsrecht nicht vom Parlamente an den Präsidenten delegiert, da die grundsätzlich getrennten Gewalten keine subjektiven Rechte haben; das Parlament hat das objektive Recht von der Rechtsregel erhalten, kann also die Regierung nicht beauftragen, ein subjektives Recht, das es selbst nicht hat, auszuüben.

[2]) Über Begriff, Einteilung und Literatur siehe Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts (6. Aufl.) S. 570; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., Berlin 1895, Bd. 1 S. 129.

der Untertanen eingreifen (Rechtsverordnungen), bedarf es, weil eine derartige Wirkung eigentlich nur verfassungsmässigen Gesetzen zukommt, wie ich mit der herrschenden Lehre annehme, einer besonderen Delegation seitens der Legislative[1]). Zu diesen Verordnungen gehören insbesondere Ausführungsverordnungen, Polizeiverordnungen und Notverordnungen; sie müssen auch publiziert sein. So kann der französische Präsident Verordnungen erlassen, um die Ausführung der Gesetze zu sichern[2]); die nordamerikanischen Staatshäupter haben dagegen kein Verordnungsrecht. In den Kollegialrepubliken steht das Verordnungsrecht dem Kollegium als solchem zu. Dem Bundesrate der Eidgenossenschaft ist es durch ein besonderes Gesetz, nicht im Art. 102 der Verfassung, übertragen worden[3]); in manchen Kantonen[4]) jedoch stützen sich die Vollzugsbehörden und ebenso die Senate[5]) in den Freien Städten auf ausdrückliche Vorschrift der Verfassung.

Aus der Stellung des Staatshauptes als Chefs der Exekutive folgt, dass es ohne weiteres, ohne ausdrückliche Ermächtigung berechtigt ist, sog. Verwaltungsverordnungen, Reglements, Instruktionen, zu erlassen. Dies sind solche Verordnungen, durch die ein höheres Verwaltungsorgan einem untergeordneten gegenüber in die Tätigkeit oder die Organisation der Verwaltungsbehörden eingreift. Sie berühren nicht die Aufgaben der Legis-

---

[1]) Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt S. 16.

[2]) Raiga, Le pouvoir réglementaire du Président de la République, Paris 1900, S. 65 (auf Grund des Art. 3 des Gesetzes vom 25. Februar 1875: il en surveille et en assure l'exécution); Saint Girons, Essai sur la séparation des pouvoirs S. 509, Manuel de droit constitutionnel S. 378 ff.; Dupriez, Les ministres S. 480; siehe auch S. 481, und bei Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 36—39, eine Einteilung der Dekrete, je nachdem Mitwirkung der Minister oder des Staatsrates erforderlich ist.

[3]) Blumer-Morel, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts Bd. 3 S. 89; er hält unter Umständen eine stillschweigende Delegation des Verordnungsrechtes für möglich. Schollenberger, Kommentar zur Schweiz. Bundesverfassung 1905, S. 548, leitet das Recht des Bundesrates zum Erlasse von Rechtsverordnungen aus Art. 102 Nr. 5 der Verfassung („er vollzieht die Bundesgesetze") ab.

[4]) so in Uri Art. 59 e (Verordnungen und Vollziehungsverordnungen) und Zug § 47 d.

[5]) Bremen § 57 e, Hamburg Art. 61, Lübeck Art. 51 III (Vollzugsverordnungen, Verordnungen für Handhabung der Gesetze).

lative und werden hier nur des Zusammenhanges mit den Rechtsverordnungen wegen erwähnt. Im Rahmen seiner Kompetenz kann also jedes Oberhaupt der Republik, ohne sich auf eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung stützen zu müssen, derartige Verordnungen, die generell die Verfügung des übergeordneten Organs im Einzelfalle ersetzen, erlassen.

b) Neben diesen sich auf das Werk der Gesetzgebung beziehenden Funktionen bestehen auch Rechte des Staatshauptes, die negativer Natur sind, insofern sie auf den Gang der Gesetzgebung einen vernichtenden oder wenigstens hemmenden Einfluss auszuüben vermögen.

α) Hier ist an erster Stelle das bekannte sog. Vetorecht[1]) der nordamerikanischen Republiken zu nennen[2]). In der Union[3]) wie in den Gliedstaaten[4]) wird jeder Gesetzentwurf (bill, aber auch andere der Kompetenz der Legislative unterliegende Beschlüsse), nachdem er von der Legislative angenommen ist, aber bevor er Gesetzeskraft erlangt, dem Staatshaupte vorgelegt. Wenn dieses den Entwurf nicht genehmigt und nicht unterzeichnet, so sendet es ihn dem Hause, das ihn zuerst einbrachte, unter Angabe seiner Bedenken zurück. Dieses prüft den Gesetzentwurf und die geäusserten Bedenken und lässt dann eventuell den Entwurf fallen. Stimmt aber nach der Prüfung die Mehrzahl des Hauses — in der Union zwei Drittel, in den Einzelstaaten zwei Drittel oder einfache Majorität — nochmals für den Entwurf, so wird er Gesetz. Der Entwurf wird auch dann Gesetz, wenn innerhalb einer mehrtägigen Frist — zehn Tage in den Vereinigten Staaten und einigen Gliedstaaten, in anderen Staaten drei oder fünf Tage — das Staatshaupt ihn nicht unterzeichnet und auch nicht zurückgesandt hat. Gesetzentwürfe, die vom Kongress in den letzten zehn Tagen einer Session beschlossen sind, können nur durch Unterzeichnung des Staatshauptes, nicht auch durch eine zweite Annahme der Legislative zu gültigen Gesetzen werden (sog. pocket veto).

---

[1]) Gegen den „abusus" dieser Benennung mit sachlichen Gründen v. Holst, Staatsrecht der Ver. Staaten S. 62.

[2]) Mason, The veto power, Boston 1890; auch Bosc a. a. O. S. 157 ff.; Bryce, The American Commonwealth Bd. 1 S. 53, 54; Story, Commentaries §§ 881 ff.

[3]) Verfassung Art. I Sekt. 7 § 2.

[4]) z. B. New York IV 9, Oregon V 15, Pennsylvania IV 15.

Mittel- und südamerikanische Republiken haben das Institut des Veto, höchstens mit geringfügigen Änderungen, übernommen [1]).

β) Ähnlich ist das Recht des französischen Präsidenten, innerhalb des Zeitraums, in dem er das ihm übermittelte Gesetz promulgieren muss (ein Monat bzw. drei Tage), durch eine mit Gründen versehene Botschaft, von den beiden Kammern eine neue Beratung des Gesetzes zu verlangen, die nicht verweigert werden darf (Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Juli 1875) [2]). Auch in Genf kann der Staatsrat ein Gesetz vor der Promulgation dem Grossen Rate innerhalb sechs Monaten, mit seinen Bemerkungen versehen, zurückgeben, muss es aber bei einer neuen Annahme sofort promulgieren (Art. 54); es besteht also ebenfalls ein suspensives Veto.

γ) Ausserdem ist dem französischen Präsidenten das Recht der Auflösung der Deputiertenkammer vor Ablauf der Mandate zugestanden [3]). Er darf dies jedoch nur mit Zustimmung des Senates tun, ausserdem müssen zwei Monate später die Wahlkollegien für die Neuwahlen und in weiteren zehn Tagen nach Schluss des Wahlaktes die Kammern versammelt sein (Art. 5 des Gesetzes vom 25. Februar 1875).

Dies Recht, die Kammern aufzulösen, besteht nicht in den amerikanischen Republiken, der Schweiz und den Hansestädten [4]). Differenzen zwischen Senat und Bürgerschaft werden durch Entscheidungskommissionen oder durch das Reichsgericht entschieden [5]). Solche Vorkehrungen mussten hier getroffen werden, da der Senat in besonderem Masse die Staatsgewalt ausübt; in anderen Republiken tritt natürlich die Exekutive gegenüber der Repräsentation des Volkes zurück.

---

[1]) Mexiko Art. 61, Argentinien Art. 69 ff., Brasilien Art. 37.

[2]) Bompard, Le véto du Président de la République et la sanction royale, Paris 1906, S. 239 ff. Der französische Präsident hat von diesem Rechte nie Gebrauch gemacht.

[3]) Duguit, L'État, les gouvernants et les agents, S. 330, sagt von diesem Rechte: il est toujours l'ancienne prérogative royale, conservée à notre monarque électif et appliquée au mécanisme parlementaire.

[4]) Matter, La dissolution des assemblées parlementaires, Paris 1898.

[5]) Matter S. 262; von Melle S. 176 ff.; Lübeck Art. 73 ff.; Hamburg Art. 70 ff.; Bremen § 66 und Ges. über Erledigung von Meinungsverschiedenheiten (bei Stoerk S. 607).

4. Die Bedeutung und der rechtliche Charakter dieser legislativen Rechte, besonders der drei negativen Rechte (Veto, Neuberatung und Auflösung), sind sehr bestritten [1]. Dies ist verständlich, denn einerseits stellen sie in der Tat erhebliche Einwirkungen auf den Gang der Gesetzgebung dar, andererseits widerstrebt es, der Exekutive einen Anteil an der gesetzgebenden Gewalt, von der sie grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte, zuzubilligen. Eine Trennung der Gewalten, wie sie das Ideal dieser Theorie ist und wie es in der Verfassung von Massachusetts ausgesprochen ist, dass keine Gewalt von der andern abhängig sein solle, ist nicht möglich, aber auch nicht nötig oder wünschenswert. Gerade die amerikanischen Verfassungen, deren Typus, die Verfassung der Vereinigten Staaten, immer als ein Muster in dieser Beziehung hingestellt wird, haben am wenigsten eine vollkommene Isolierung jeder Gewalt durchgeführt; mit vollem Bewusstsein ist in der nordamerikanischen Unionsverfassung ein System von „checks and balances“ [2] geschaffen worden zum Zwecke, die Macht jeder Gewalt durch die der anderen zu begrenzen und zu kontrollieren.

Unter diesem Gesichtspunkte ist insbesondere das nordamerikanische suspensive Veto, aber auch die Botschaft an den Kongress, zu verstehen. Prüft man ausserdem die materiellen Rechte auf ihre Wirkung, so wird man sagen müssen, dass diese Rechte zwar die Beratung oder wiederholte Beratung von Gesetzen anregen können, aber dann einen entscheidenden Anteil an dem Zustandekommen oder Nichtzustandekommen der Gesetze nicht haben. Man kann keinesfalls von einem Anteil an der Gesetzgebung sprechen, denn die Funktionen des Präsidenten sind nicht unumgänglich notwendig für das Werden des Ge-

[1]) Für die legislative Natur des Veto sprechen sich aus Mason, The veto power (er leitet es aus einer aktiven Teilnahme am Gesetzgebungswerke ab), Bosc S. 158 und Cooley, Treatise S. 50. Es sehen dagegen in dem Veto nicht einen Anteil der Exekutive an der Gesetzgebung: Westerkamp, Staatenbund und Bundesstaat S. 320; Steinbach, Die rechtliche Stellung S. 92; v. Orelli, Artikel „Veto“ in der Encyclopaedia Britannica Bd. 24.

[2]) Foster, Commentaries Bd. 1 S. 298; Saint Girons, Manuel S. 390 ff.; Bryce Bd. 1 S. 102 ff.; Cooley, The general principles of constitutional law S. 141—163.

setzes. Keine Kammer des Parlamentes kann zwar allein für sich ein fertiges Gesetz erlassen, aber jede Kammer ist notwendiger Faktor und daher Mitglied der Legislative. Jeder Äusserung eines der Rechte der Exekutive kann vernichtend begegnet werden, sei es durch Fristablauf bei unterlassener Promulgation (Frankreich) oder Nichtäusserung auf einen Gesetzentwurf (Nordamerika), sei es durch entgegenstehenden Willen des Parlamentes (erneuten Beschluss gegenüber dem Veto), sei es durch einfache Nichtbeachtung der gebotenen Anregung (message). Diese materiellen Rechte haben unter Umständen weniger Erfolg, als die formellen Rechte, wenn z. B. die Verfassung für den Fall, dass der Präsident die Wahlen nicht ausschreibt und die Kammern nicht beruft, keinen Ersatz vorgesehen hat, also kein Selbstversammlungsrecht des Parlamentes ausspricht und keinen andern Staatsbeamten zur Vornahme der unterlassenen Handlung verpflichtet.

Ergibt es sich, dass die besprochenen sog. legislativen negativen Rechte keinen Anteil an der Gesetzgebung im eigentlichen Sinne gewähren, so stellen sie doch einen wichtigen Teil der Kompetenz des republikanischen Staatshauptes dar. Vor allem aber gilt — bei diesen der Legislative gegenüber wahrzunehmenden Funktionen noch mehr wie sonst —, dass die Wirkung dieser Rechte weniger von einer positivrechtlichen durch die Verfassung gegebenen grösseren oder geringeren Machtfülle abhängig ist als von der Handhabung durch das Staatshaupt [1]). Während in Frankreich der Präsident von seinen Rechten, eine Neuberatung des Gesetzes zu verlangen und die Deputiertenkammer aufzulösen (dies wird bereits durch die erforderliche Zustimmung des Senates erschwert), keinen Gebrauch macht, hat sich in Amerika das Vetorecht als ein wichtiges Institut entwickelt [2]); wie der Einfluss des Präsidenten der Vereinigten Staaten auf die Committees zeigt, ist sogar eine Einwirkung auf die Legislative möglich ohne jede verfassungsmässige Unterlage.

---

[1]) Vgl. Dupriez, Les ministres Bd. 2 S. 532.

[2]) Vgl. die statistischen Übersichten über Häufigkeit und Gegenstand dieses Rechtes bei Mason, The veto power. In der Literatur des Vetorechtes wird auch viel darauf hingewiesen, dass das amerikanische Volk eine häufige Anwendung im Interesse einer selbständigen Stellung des Präsidenten dem Kongresse gegenüber gern sieht.

Was die rechtliche Natur der positiven legislativen Rechte anlangt, so sind Ausfertigung, Promulgation und Publikation als reine Verwaltungsakte zu beurteilen. Ihre Existenz ist zwar Vorbedingung für die Anwendung eines Gesetzes, doch gehören sie selbst nicht mehr zu dem eigentlichen Gesetzgebungswerke; die Bezeichnung als legislative Funktionen bestimmt also denjenigen Teil der Kompetenz des Hauptexekutivorgans, in dem es sich mit der Kompetenz der gesetzgebenden Organe berührt. Die Sanktion des republikanischen Staatshauptes ist nicht der eines Monarchen gleichzusetzen; sie ist nicht ein Teil des Gesetzgebungswerkes an sich, sondern, wie wir gesehen haben, nur ein verschleiertes Vetorecht und wie das nordamerikanische suspensive Veto ein Ausfluss der Hauptfunktion des Staatshauptes, der ihm übertragenen allgemeinen Sorge für das Wohl des Staates und damit auch der Sorge für das Zustandekommen guter Gesetze; sie ist also auch eine exekutive Funktion.

Anders ist das Verordnungsrecht zu beurteilen. Es verleiht einen wirklichen Anteil an der Gesetzgebung, da im Wege der Verordnung ebenso wie in dem der Gesetzgebung Rechtsnormen allgemein verbindlichen Inhalts gesetzt werden. Die Verordnung ist keinesfalls deshalb als ein Akt der Verwaltung anzusehen, weil sie von dem Hauptexekutivorgane ausgeht[1]).

5. Schliesslich bestehen noch rechtliche Beziehungen zwischen dem republikanischen Staatshaupte und dem Parlamente dann, wenn das Staatshaupt von dem einen Hause des Parlamentes in Anklagezustand versetzt und von der anderen Kammer abgeurteilt wird. Das Parlament fungiert dann als Anklagebehörde und Gerichtshof, es nimmt also keine legislative Funktionen wahr. Deshalb und wegen des Zusammenhanges mit der Lehre von der Verantwortlichkeit des Oberhauptes ist hierüber an anderer Stelle zu handeln.

III. Das, was über das Verhältnis des republikanischen Staatshauptes zu der richterlichen Gewalt zu sagen ist, ergibt sich

---

[1]) **Raiga**, Le pouvoir réglementaire du Président de la République S. 23, bezeichnet das Gebiet der Verordnungsgewalt als „zône mixte".

1. in seinen **Grundlagen** aus den bisherigen allgemeinen Erörterungen. Die Oberhäupter der Republiken und die Richter sind Organe des Staates, und zwar Beamte und Behörden in den oben entwickelten Begriffen. Sie nehmen Funktionen des Staates wahr, soweit ihre verfassungsmässige Kompetenz reicht. Da das Staatshaupt der Republik oberster Beamter ist, ist ihm an sich der richterliche Beamte untergeordnet; jedenfalls streitet hierfür die Vermutung. Die Grundgesetze der heutigen konstitutionellen Staaten weisen jedoch dem Richter unter den Beamten eine besondere, unabhängige Stellung an. Es ist bereits oben bei der Besprechung des Begriffes der Repräsentation darauf verzichtet, in der anderen staatlichen Organen gegenüber unabhängigen, sich auf die Verfassung gründenden Stellung ein wesentliches Begriffsmerkmal zu finden. Wie die Bezeichnung des republikanischen Staatshauptes als eines Repräsentanten abgelehnt wurde, so kann auch für den richterlichen Beamten dieser Begriff nicht als ausreichende Bezeichnung gelten. **Preuss**[1]) erklärt in Durchführung der organischen Theorie die tatsächliche Unabhängigkeit des Richters dadurch, dass der Monarch nicht selbst richten (und keine Polizeiverordnung erlassen) könne, dass er deshalb als Ernennender Rechte nicht auf den Ernannten übertragen (nemo plus iuris) und ihn von sich abhängig machen könne. Allerdings kann und darf der konstitutionelle Monarch nicht selbst die richterliche Gewalt ausüben; der Grund ist jedoch nicht in einer besonderen Qualifikation des Richters zu suchen, sondern ist einfach der, dass der konstitutionelle Monarch Organ des Staates, wenn auch Träger der Staatsgewalt, ist, in der Ausübung der Staatsgewalt beschränkt und nur nach Massgabe der Verfassung zu ihr befähigt ist. In konstitutionellen Monarchien und Republiken aber wird nach der Verfassung die richterliche Gewalt durch die Richter ausgeübt; in einem absolut monarchisch regierten Staate liegt hingegen kein Grund vor, falls nicht schon konstitutionelle Gedanken mehr oder weniger Anerkennung gefunden haben, dem Monarchen rechtlich einen Eingriff in die Rechtsprechung zu verwehren, denn er ist alleiniger Träger der Staatsgewalt und in ihrer Ausübung nicht beschränkt;

---

[1]) Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 69, 70.

eine besondere Unabhängigkeit anderer staatlichen Organe kann nur auf eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung sich stützen. Preuss führt weiter aus, dass die Unterordnung eines Organs gegenüber einem andern keine Ableitung der Kompetenz selbst begründe. Dies trifft in gewisser Hinsicht zu. Ein vom Präsidenten ernannter Minister, Staatssekretär oder Richter ist nicht Beamter des Präsidenten, sondern des Staates. Dies wird aber schon genügend berücksichtigt, wenn festgehalten wird, dass das kreierende Organ bei der Bestellung durch die Verfassung gebunden ist und natürlich auch nicht nach Belieben die Rechtsstellung des untergeordneten Organs ändern kann. Insofern beruht die Rechtsstellung aller staatlichen Organe auf der Verfassung, aus der sie unmittelbar ihre Rechte und Pflichten herleiten [1]). Dem kreierenden Organe steht aber bei der Bestellung in gewissem Umfange eigener freier Wille zu.

Die exzeptionelle Stellung des richterlichen Beamten beruht also auf positiver Verfassungsvorschrift. Das Interesse der Rechtsprechung lässt eine möglichste Unabhängigkeit der rechtsprechenden Organe als erwünscht erscheinen. Daher gewährt das konstitutionelle Staatsrecht heute die richterlichen Garantien der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, jedenfalls stehen die Richter in mancher Beziehung unabhängiger da als andere Beamte, wie dies schon in der Disposition vieler Verfassungen, der Nebeneinanderstellung der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt, ausgedrückt ist. Diese Garantien stellen sich als Privilegien dar, sie gewähren eine Ausnahmestellung. Im übrigen ist der Richter Staatsbeamter wie jeder andere.

2. Aus diesem Grunde steht dem Staatsoberhaupte die Ernennung der Richter [2]) wie die der übrigen (wenigstens höheren) Staatsbeamten zu, und zwar auch dann, wenn sie in der Verfassung nicht vorgeschrieben ist. Verschiedene Verfassungen enthalten ausdrückliche Vorschriften, teils weil sie

---

[1]) Affolter, Staat und Recht, in den Annalen 1903 S. 127: durch die Wahl wird nicht die Organeigenschaft geschaffen, sondern diese ist Wirkung des Rechts; daher keine abgeleitete Kompetenz.

[2]) Siehe hierzu die Monographie: Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken.

im übrigen von diesem Grundsatze abweichen, teils weil sie ihn der sonst durchgeführten Scheidung beider Gewalten gegenüber betonen wollen. Nach amerikanischem Staatsrecht ernennt der Präsident (Governor) die Mitglieder des höchsten Gerichtshofes sowie alle anderen Beamten, soweit ihre Bestellung nicht anderweit geregelt ist, jedoch auf Rat und mit Zustimmung des Senates [1]). Der französische Präsident ernennt alle Beamten, also auch die richterlichen. In den Freien Städten ernennen die Senate die Richter [2]). In der Schweiz dagegen werden sie nicht von der Exekutive bestimmt, sondern von der gesetzgebenden Versammlung [3]).

3. Auf die Funktionen der richterlichen Gewalt, die Rechtsprechung, steht dem republikanischen Staatshaupte natürlich kein Einfluss zu. Denn im Gegensatz zu den Funktionen der Legislative berührt die Rechtsprechung weniger die Organisation des Staatsganzen als solche, auf die dem Oberhaupte immer ein gewisser Einfluss vorbehalten sein muss. Die angestrebte Isolierung der richterlichen Gewalt gegenüber der Exekutive liess sich hier besser als für die Legislative durchführen. Es findet sich höchstens eine Vorschrift wie die, dass der Präsident der richterlichen Gewalt die für eine schnelle Rechtsprechung notwendigen Erleichterungen verschaffen soll (Verfassung Mexikos Art. 85 XIII) [4]).

4. Eine Einwirkung auf den Vollzug der rechtmässig zuerkannten Strafe stellt das Begnadigungsrecht dar. Der französische Präsident übt das Recht ohne jede Einschränkung aus, jedoch können Amnestien nur durch Gesetz angeordnet werden [5]). Bundespräsidenten können natürlich nur innerhalb der Kompetenz der Bundesgerichte begnadigen: Mexiko Art. 85 XV,

[1]) Bundesverfassung Art. II Sekt. 2 § 2; vgl. z. B. Maryland II 10; Mexiko Art. 85 Nr. 2; Argentinien Art. 86 Nr. 5; Brasilien Art. 48 Nr. 5.

[2]) von Melle S. 101; z. B. Hamburg Art. 19: Dem Staate steht die Oberaufsicht über sämtliche Justizbehörden zu.

[3]) z. B. Bundesverfassung Art. 85 Nr. 4, Bern Art. 53.

[4]) Über die richterliche Gewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, besonders über das Recht, die Gültigkeit der Gesetze zu prüfen und die Frage, ob die richterlichen Entscheidungen die Exekutive binden, vgl. Moll, Der Bundesstaatsbegriff in den Vereinigten Staaten von Amerika S. 34 ff., 47.

[5]) Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3 Abs. 2.

Brasilien Art. 48 Nr. 6. Der Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika kann Straferlass bei Vergehen, die sich gegen den Bund richten, ausser in Fällen des Impeachment, gewähren[1]. In ähnlichem Masse steht den Governors für ihre Staaten das Recht zu, Strafe zu erlassen und Ausstand zu gewähren[2]. In den deutschen Republiken[3] sind es die Senate, die das Begnadigungsrecht ausüben, während in der Schweiz das Begnadigungsrecht der Exekutive entzogen ist. Es steht in der Eidgenossenschaft (Art. 85 Nr. 4) der Bundesversammlung, in den meisten Kantonen ebenfalls der Legislative zu, während in kleineren Kantonen die Landsgemeinde sich dies Recht vorbehalten hat.

5. Nach kantonalem Rechte ist den obersten Vollziehungsbehörden ferner die Beurteilung von Verwaltungsstreitigkeiten in letzter Instanz übertragen[4]. Ausserdem können die Regierungsräte Disziplinarstrafen gegen ihnen untergeordnete Behörden und Amtspersonen wegen Missachtung ihrer Befehle verhängen, zeitweise Amtseinstellung verfügen und sie in schweren Fällen in Anklagezustand versetzen[5]. Diese Funktionen, besonders die dem Staatshaupte der Republik als oberstem Beamten gegen ihm untergeordnete Beamte zustehende Disziplinargewalt, weisen bereits auf die Hauptaufgabe des Staatsoberhauptes, die Wahrnehmung von Funktionen der Verwaltung, hin.

§ 9. Fortsetzung. Die Exekutive.

I. 1. Es besteht heute wohl kein Zweifel mehr darüber, dass eine Verteilung der drei staatlichen Funktionen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung an verschiedene voneinander getrennte Organe sich nicht streng durchführen lässt[6]. Die heutige Staatsorganisation zeigt eine sehr kompli-

---

[1]) Verfassung Art. 2 Sekt. 2: grant reprieves and pardons; vgl. hierüber Pomeroy, An introduction to the constitutional law of the United States 3. ed., New York 1875, S. 455 ff. In der Praxis weit ausgelegt, so dass auch Amnestien darunter fallen (v. Holst, Staatsrecht d. Ver. Staaten S. 114).

[2]) z. B. New Yersey V 9, 10.

[3]) Bremen § 57 i; Hamburg Art. 24; für Lübeck Klügmann S. 44; von Melle S. 94, 95.

[4]) Unterwalden ob dem Wald Art. 50 o, Freiburg Art. 52 e, Bern Art. 40.

[5]) Uri Art. 62 n; Unterwalden ob dem Wald Art. 50 c.

[6]) Statt aller sei auf die jüngsten Ausführungen eines belgischen Schrift-

zierte Durchdringung der Gewalten. Jedes Staatsorgan hat zwar einen eigenen Tätigkeitskreis, eine Kompetenz, genau abgegrenzt, es kann jedoch höchstens relativ nach seinen Hauptfunktionen dieser oder jener „Gewalt“ zugerechnet werden. Der Richter übt auch vollziehende Gewalt aus, das Parlament fungiert unter Umständen als Gerichtshof, der Monarch entfaltet eine teils gesetzgebende teils verwaltende Tätigkeit, sogar das republikanische Staatshaupt hat legislative Rechte. Wenn daher das republikanische Staatshaupt als der Repräsentant der Exekutive bezeichnet wird, so kann dies weder heissen, dass es selbst nur Organ der Exekutive ist, noch dass andere staatliche Organe, die gewöhnlich einer anderen Gewalt zugezählt werden, exekutive Funktionen nicht ausüben können; es kann zunächst nur bedeuten, dass das republikanische Staatsoberhaupt das Hauptorgan der Exekutive ist und dass seine Tätigkeit in erster Linie eine verwaltende ist.

Zu demselben, bei einem Blicke auf die positiven Verfassungsbestimmungen offensichtlichen Ergebnis, dass eine Isolierung jeder einzelnen Gewalt nicht durchgeführt ist, führen auch die weiter unter folgenden theoretischen Erwägungen.

2. Wir müssen uns hier schon deshalb mit der Lehre von der Gewaltenteilung sowie mit dem Begriffe der Exekutive auseinandersetzen, weil das republikanische Staatshaupt oft als der Chef der Exekutive, als oberster vollziehender Beamter bezeichnet wird, womit dann der Begriff des Oberhauptes der Republik genügend gekennzeichnet zu sein scheint. So beginnen die amerikanischen Verfassungen den oft mit „Executive Power, Executive Department“ überschriebenen Abschnitt mit Sätzen wie: The executive power shall be vested in a President (Vereinigte Staaten von Amerika), the executive department shall consist of a governor etc., the supreme executive power of this State shall be vested in a chief magistrate (nordamerikanische Staaten). „El Poder Ejecutivo de la Nacíon“ wird vom Präsidenten ausgeübt (Argentinien Art. 74); der Bundesrat ist die oberste „vollziehende und leitende“ Behörde der Eidgenossenschaft, die kan-

stellers verwiesen: Orban, Le droit constitutionnel de la Belgique 1906 I 340, sowie auf Ernst v. Meier, Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preussens im 19. Jahrhundert I 1907 S. 61, 136.

tonalen Regierungsräte werden ebenfalls als „Vollziehungs- und Verwaltungsbehörden“, der Senat als „Regierung des Bremischen Staats“ (§ 57), als Inhaber der vollziehenden Gewalt und oberste Verwaltungsbehörde in Hamburg (Art. 19) bezeichnet.

Dass diese Auffassung des republikanischen Staatshauptes als obersten Exekutivorgans auch die herkömmliche ist, hat die oben (bes. S. 28, 29) dargestellte geschichtliche Entwicklung der Spitze in der Republik gezeigt, im einzelnen z. B. die Ernennung Thiers' zum Chef der Exekutive, die Übertragung der Exekutivgewalt an Mac Mahon auf sieben Jahre, die Gestaltung der Rechtsstellung der nordamerikanischen Staatshäupter nach dem Vorbilde der obersten Verwaltungsbeamten der britischen Krone in den Kolonien. Es ist auch darauf hingewiesen, dass das Staatsoberhaupt als Einzelperson für die Wahrnehmung der ihm übertragenen Funktionen besonders geeignet ist: agir est le fait d'un seul et délibérer est le fait de plusieurs [1]).

3. Die gesamte Staatsgewalt ist der Inbegriff aller Machtbefugnisse, die dem Staate über Land und Leute zustehen [2]). Sowenig wie sich die Zwecke des Staates voraussehen und die Schranken für eine souveräne Staatsgewalt bestimmen lassen, sowenig lassen sich auch sämtliche Funktionen des Staates, die Fälle, in denen der Staat von seinen Machtbefugnissen Gebrauch macht, aufführen und voraussehen, „die unerschöpfliche Mannigfaltigkeit des Denkbaren schliesst eine Aufzählung aller Einzelheiten unbedingt aus“ [3]). Es lassen sich also auch nicht die Organe, die zur Wahrnehmung staatlicher Funktionen bestimmt sind, übersehen. Trotzdem ist es berechtigt, die Funktionen und die Organe nach bestimmten Einteilungsgründen zu gruppieren, wie die Lehre von den drei Funktionen, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, annimmt, im Anschlusse an die schon von Aristoteles gelehrte Dreiteilung der materiellen Souveränitätsrechte: *τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν*

[1]) Vgl. Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 234.

[2]) Hübler, Organisation der Verwaltung S. 7.

[3]) Schlief, Die Verfassung der nordamerikanischen Union S. 37, vgl. auch dort S. 46, 47; ferner Seelig, Hamburgisches Staatsrecht S. 64: „Die Lehre von der Gewaltenteilung erschöpft nicht die Erscheinungsformen der Staatsgewalt“.

ἀρχάς, τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν und *τὸ δικάζον.* Diese Theorie geht aber dann fehl, wenn eine grundsätzliche Unterordnung der beiden letzteren Gewalten unter die Gesetzgebung angenommen wird. An und für sich sind die drei Funktionen vollkommen gleichwertig, denn hinter jeder steht der Staat selbst. Dagegen können die Organe einander unter- bzw. übergeordnet sein.

Jellinek[1]) hält es daher für notwendig, zwischen materiellen und formellen Funktionen zu scheiden, d. h. zwischen den grossen Richtungen der Staatstätigkeit und den Tätigkeiten bestimmter Organgruppen: die materiellen Funktionen sind unter entsprechende Arten voneinander relativ unabhängiger Organe so verteilt, dass die Zuweisung einer grossen Masse von Objekten einer bestimmten Funktion an ihr zugehörige Organe derart erfolgt, dass sie alle in dem höchsten Organe den Ausgangs- und Einigungspunkt finden.

Die Träger der Staatsgewalt, die obersten Organe, können nie von anderen Organen abhängig sein; anders die Beamten, da sie durch übergeordnete Organe bestellt werden. In der Monarchie ist der Monarch, auch wenn er Chef der Exekutive ist, von keinem anderen staatlichen Organe abhängig, denn er ist Träger. In der Republik ist das Staatshaupt als Beamter von dem Träger der Staatsgewalt abhängig, einerlei welche Funktionen es wahrnimmt. Die gesetzgebende Gewalt ruht nun in der Republik beim Träger der Staatsgewalt, so dass sich mittelbar eine Abhängigkeit der Exekutive von der Legislative ergibt[2]). Nicht ist eine Gewalt an sich von der andern abhängig, sondern es ist das untergeordnete Staatsorgan von dem übergeordneten abhängig. Dass heute der Träger der Staatsgewalt die gesetzgebende Gewalt selbst ausübt, erklärt sich aus der Natur dieser Gewalt im Gegensatze zur Verwaltung, berührt

---

[1]) Allgemeine Staatslehre S. 594 ff., 598.

[2]) Nur mit dieser Beschränkung ist es richtig, wenn Piloty, Autorität und Staatsgewalt, im Jahrbuche der Internationalen Vereinigung f. vergl. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (Berlin 1903) Bd. 6, 7 S. 567, fordert, dass in der Republik bei repräsentativer Regierungsform die Herrschaft des Parlamentes auch in die Exekutive durchgreifen müsse.

aber nicht die Möglichkeit, dass eine Verfassung die Gesetzgebung ebenfalls untergeordneten Organen überträgt; es ist nicht begrifflich ausgeschlossen, dass der König keinen Anteil an der gesetzgebenden Gewalt hat[1]). Wird der Präsident von dem Parlamente gewählt oder angeklagt und abgeurteilt, so unterliegt er hierin nicht Einwirkungen der Legislative, sondern es tritt das Parlament hier lediglich als Repräsentant des Trägers der Staatsgewalt auf; das souveräne Volk bestellt seinen höchsten Beamten selbst und behält sich auch dessen Aburteilung, um sie nicht untergeordneten Organen zu überlassen, selbst vor[2]). Man sieht, die Eigenschaft der Richter als „Repräsentanten der richterlichen Gewalt" verleiht ihnen nicht eine ausschliessliche Zuständigkeit.

Eine strenge Durchführung des Grundsatzes der Sonderung der Staatsfunktionen ist schliesslich auch aus politischen Gründen nicht möglich. Ebenso wie die Vereinigung aller Gewalten in einer Hand zum Missbrauche und zur Tyrannei führt (wodurch besonders Montesquieu seine Lehre empfahl), kann eine scharfe Trennung der Funktionen zu einer Verwirrung und Auflösung des Staatsganzen führen, zumal wenn nach dem Grundsatze des Präsidenten Jackson jede der drei Gewalten die Verfassung so auslegt und anwendet, wie sie sie versteht und nicht wie die anderen sie verstehen[3]). Wenn die unendlich vielen einzelnen Funktionen zu bestimmten Gruppen, der gesetzgebenden, richterlichen und vollziehenden Gewalt, zusammengeschlossen und sich gegenüber gestellt werden, so ist andererseits doch die Anforderung zu stellen, dass „die unterschiedenen Organe der Staatsgewalt in ein Verhältnis zueinander gesetzt seien, welches in geordneter wechselseitiger Beeinflussung das einheitlichen Zusammenwirken für die politischen Aufgaben ermöglicht

---

[1]) Vgl. auch Bernatzik, Der Verfassungsstreit zwischen Schweden und Norwegen (in Grünhuts Zeitschrift 1899 Bd. 26 S. 309, 310).

[2]) Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrechte, Teil 2, Leipzig 1888, S. 16: „Es widerspricht schlechterdings der Natur jeder Volksvertretung, sich in der Aufgabe einer Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu isolieren . . . Sie muss notwendig, in irgend welchem Umfange, auf eine bestimmte Einwirkung auch auf die vollziehende Gewalt hindrängen".

[3]) Duc de Noailles in der Revue des Deux Mondes Bd. 92 S. 805.

und verbürgt. Unter diesen Gesichtspunkten messen wir theoretisch und praktisch den Wert der Organisation eines Staates. Die Messung ist eine schwierige Aufgabe schon im einfachen Staate mit dem vielfach verschlungenen Räderwerk, das die moderne Entwicklung und insbesondere das repräsentative System geschaffen hat"[1]).

II. Dass die Einteilung der Staatsfunktionen in der angegebenen Weise nicht zwingend ist, geht schon daraus hervor, dass auch andere Einteilungen bestehen. Gewöhnlich versteht man unter der Gesetzgebung die Aufstellung von Rechtsnormen, unter der Rechtsprechung ihre Verwirklichung gegenüber Verletzungen[2]) und unter der Exekutive oder der Verwaltung im engeren Sinne die Tätigkeit zur Wahrnehmung der politischen Zwecke mit Ausnahme der ersten beiden Funktionen. Die Verwaltung im weiteren Sinne ist jede dauernde auf die Erfüllung der Staatsaufgaben gerichtete Tätigkeit. Nach der herrschenden Ansicht ist der Begriff der Verwaltung im engeren Sinne, der Exekutive, also nur negativ zu bestimmen[3]). Schollenberger[4]) nimmt eine vollziehende und eine leitende Behörde an, Haenel[5]) scheidet die Regierung oder die formellen Hoheitsrechte, die in die Gesetzgebung und die Vollziehung zerfallen, von der Verwaltung, dem Inbegriffe der materiellen Hoheitsrechte. Eine andere Zweiteilung ist die in gesetzgebende und vollziehende Gewalt, letztere die Rechtspflege einschliessend[6]). Die französische Rechtswissenschaft versteht unter dem gouvernement die dirigierende Tätigkeit im Gegensatze zur administration, der ausführenden Tätigkeit[7]). Saint

---

[1]) Haenel Studien Teil 2 S. 36.

[2]) Ulrich, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken S. 7, erklärt für die Aufgabe der richterlichen Gewalt die Anwendung der staatlichen Rechtsordnung im konkreten Streitfall.

[3]) Vgl. Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S. 45; Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 9, 13; auch Orban, Droit constit. de la Belgique I 410.

[4]) Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlin 1902, S. 252, 253.

[5]) Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 119 ff.

[6]) Hübler, Organisation der Verwaltung S. 9.

[7]) Loening, Verwaltungsrecht S. 2 Anm. 1; Hübler a. a. O. Vgl. auch Chilenische Verfassung Art. 72, sowie den Vorschlag Casimir-Periers vom

Girons[1]) unterscheidet deux pouvoirs, législatif und exécutif, und deux autorités, justice, gouvernement et administration. Auch Jellinek[2]) hebt die leitende Tätigkeit unter den staatlichen Funktionen hervor: die Verwaltung im materiellen Sinne enthält zwei in ihr zur Einheit verbundene Elemente, das der Regierung und das der Vollziehung, jenes die Initiative und Anordnung, dieses die Ausführung des Angeordneten enthaltend. Duguit[3]) unterscheidet legislative und administrative Akte nur danach, je nach dem sie objektive Normen enthalten oder eine subjektive Lage schaffen; daher gehöre den gouvernants die Domäne des objektiven, und den agents die des subjektiven Rechtes.

Dieser Verschiedenheit des Sprachgebrauches entspricht jedoch in Wirklichkeit nicht eine solche Begriffsverwirrung wie es auf den ersten Blick erscheint[4]). Hauptsächlich besteht Uneinigkeit über die Art und Weise, wie die angeführten Begriffe zueinander zu ordnen und einander gegenüberzustellen sind. Im übrigen ist wohl festzustellen, dass über die Begriffe Gesetzgebung und Rechtsprechung kein Zweifel besteht. Weil nun jede Anwendung von Staatsgewalt Verwaltung ist, meist jedoch unter der Verwaltung ein engerer Begriff verstanden wird, so wird es in der Tat kaum möglich sein, den Begriff anders als negativ auszudrücken. Die Verfassung Unterwaldens ob dem Wald (Art. 50 am Schlusse) fasst sozusagen die Aufgabe des Regierungsrates, der obersten Verwaltungsbehörde, dahin zusammen: „. . er erledigt alle Geschäfte, welche unter die Attribute einer Regierung fallen und nicht ausdrücklich einer anderen verfassungsmässigen Behörde zugeschieden sind". Eine genaue positive Bestimmung ist hier um so leichter zu missen,

---

15. Juni 1874 (Duguit-Monnier S. CXXXVII): Le gouvernement de la République française se compose de deux chambres et d'un président du pouvoir exécutif.

[1]) Essai sur la séparation des pouvoirs S. 135; Manuel de droit constitutionel S. 4 (etwas abweichend).

[2]) Allgemeine Staatslehre S. 603.

[3]) L'État, les gouvernants et les agents S. 376.

[4]) Hübler a. a. O. spricht von einer grenzenlosen Verwirrung; jeder gebrauche das Wort Verwaltung in einem anderen Sinne.

als die Funktionen des Oberhauptes der Republik nach anderen Gesichtspunkten zusammengestellt und bereits insoweit besprochen sind, als sie sich auf seine Eigenschaft als Staatsvorstand und sein Verhältnis zu den beiden anderen Gewalten beziehen.

Ebenso wie bei der Bestimmung des Begriffes des republikanischen Staatsoberhauptes die Eigenschaft als Staatsvorstand und als oberster Staatsbeamter festgestellt wurde, so erstreckt sich auch seine Kompetenz nach zwei Richtungen hin. Das Staatshaupt in der Republik entfaltet als Staatsvorstand eine spezifische Tätigkeit, wie sie in den materiellen legislativen Rechten und in seinen völkerrechtlichen Funktionen sich zeigt. Ein Reflex dieser Funktion sind die dem Staatshaupte zukommenden Ehrenrechte. Wenn diese Tätigkeit der Spitze des Staates die regierende genannt werden soll, so ist die Bezeichnung als Regierung aber auf die Spitze des Staates zu beschränken und nicht auch auf andere untergeordnete Organe auszudehnen [1]), denn die genannten Funktionen kommen nur dem Staatshaupte oder der kollegialen Spitze des Staates als solchen zu und sind von der leitenden und anordnenden Tätigkeit anderer staatlicher Organe zu unterscheiden.

Die übrige Kompetenz des Staatshauptes fällt in das Gebiet der Verwaltung im materiellen Sinne. Die Beamtenernennung, auch die ihm der gesetzgebenden Gewalt gegenüber zugestandenen formellen Rechte wie die Berufung und Eröffnung der Kammern und die Publikation der Gesetze, ferner der Oberbefehl über die bewaffnete Macht und die allgemeine Sorge für die Ausführung der Gesetze, sind nicht notwendig Funktionen des Staatshauptes als solchen, sondern dieses nimmt sie vorwiegend in seiner Eigenschaft als Beamter wahr. Allerdings lässt sich die Verwaltung nun nicht mit der einem Beamten obliegenden Tätigkeit umschreiben; denn auch die Organe der richterlichen Gewalt sind Staatsbeamte. Nach dem heutigen Sprachgebrauche scheinen Verwaltung, Vollziehung, Exekutive

[1]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 603: „Die überwiegend Regierungsgeschäfte versorgenden Staatsorgane werden als Regierung im formellen oder subjektiven Sinne bezeichnet: Monarchen und republikanische Staatshäupter sowie die ihnen untergeordneten Behörden“.

gleichbedeutend zu sein; vielleicht kann man sagen, dass die letzteren bereits etwas antiquierte Begriffe sind[1]. v. Stein[2]) meint, die Vollziehung der Gesetze sei nichts als die Verwirklichung des gegebenen Staatswillens; aus ihr habe sich eine beständige Arbeit des Staates entwickelt, welche alle Verhältnisse und Interessen, alle Ziele des Gesamtlebens in sich auffasse; diese Arbeit des Staates, der jetzt in der Mitte nicht mehr bloss des im Gesetze Gegebenen, sondern des Werdens und Fortschreitens des Ganzen durch den einzelnen stehe, sei die Verwaltung. Von dem ursprünglichen, sozusagen buchstäblichen Sinne der Vollziehung hat sich allerdings der heutige Begriff der Verwaltung losgelöst und fortentwickelt. Es darf aber wohl behauptet werden, dass daneben die Vollziehung noch in einer besonderen Bedeutung verstanden wird. Soweit die vollziehende Gewalt nämlich in einer Reihe mit Gesetzgebung und Rechtsprechung genannt wird — und hier soll ja ihr Verhältnis diesen beiden Gewalten gegenüber festgestellt werden — soll weniger die gesamte Verwaltungsorganisation des Staates als die höchste Stelle, in der sich diese Organisation konzentriert, in diesen Gegensatz gebracht werden. Daher werden im französischen öffentlichen Rechte pouvoir exécutif und administration geschieden; die Exekutivgewalt gehört dem Verfassungsrechte an, während die eigentliche Verwaltung in dem besonderen Verwaltungsrechte ihre Regelung findet[3]). Die

---

[1]) Anschütz, Der Begriff der gesetzgebenden Gewalt S. 11: „. . . Die „vollziehende Gewalt“, die „Verwaltung“, wie wir uns heutzutage besser und richtiger ausdrücken“.

[2]) Art. „Verwaltung usw.“ in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Freiburg 1890, Bd. 2 S. 708. Vgl. auch v. Stein, Die Verwaltungslehre, 1. Teil: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, Stuttgart 1865, S. 8 und 9; er bezeichnet hier die Vollziehung als die Kraft an sich, aus welcher die Tätigkeit hervorgeht, und die Verwaltung als die wirkliche Tätigkeit, welche die Kraft enthält: Die Vollziehung, insofern sie Gestalt, Einteilung und Namen durch Natur und Kraft ihrer Organe empfängt, heisst Verwaltung.

[3]) Rossi in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 37 S. 484, 485, 554: Verfassung und Verwaltung sind in Frankreich getrennt; es besteht kein Einfluss des Präsidenten auf die Verwaltung; die Minister sind in Frankreich mehr Politiker als Verwaltungsbeamte; in der Tätigkeit der vollziehenden Gewalt überwiegt das politische Element. Vgl. auch Bd. 39 S. 11.

Exekutive ist also als ein Teil der Verwaltung anzusehen, nur sie kommt hier noch in Betracht, nachdem die Funktionen als Staatsvorstand (bis auf die völkerrechtliche Stellung) bereits bei der Feststellung dieses Begriffes (oben § 7 III) und bei der Darstellung des Verhältnisses zu der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt (oben § 8) besprochen sind.

III. Die weiteren anzuführenden Funktionen bilden die Kompetenz des republikanischen Staatshauptes als des Repräsentanten der Exekutive und damit des Hauptverwaltungsorgans[1]).

1. In der Erkenntnis der Unmöglichkeit, alle Funktionen aufzuzählen, stellen viele Verfassungen generell die Vorschrift auf, dass das Staatshaupt als oberstes Verwaltungsorgan in der allgemeinen Leitung und Verwaltung der Staatsangelegenheiten sowie in der Ausübung der vollziehenden Gewalt seine Hauptaufgabe zu erblicken habe. Der Schweizerische Bundesrat „leitet die eidgenössischen Angelegenheiten gemäss den Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen; er hat für die Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes zu wachen" (Art. 102). Dem Regierungsrat in den Kantonen kommt z. B. in Zug § 47 „die Besorgung der inneren und äusseren Angelegenheiten" zu; in Schwyz § 48 besorgt er „die Kantonsverwaltung", in Schaffhausen Art. 66 „die gesamte Staatsverwaltung nach allen ihren einzelnen Zweigen". Der Senat hat in Bremen § 56 „die Leitung und Oberaufsicht in allen Staatsangelegenheiten, sowie die vollziehende Gewalt überhaupt nach Massgabe der Verfassung", in Lübeck Art. 18 „ist ihm die Leitung sämtlicher Staatsangelegenheiten anvertraut", soweit nicht die Mitwirkung der Bürgerschaft ausdrücklich vorgeschrieben ist; in Hamburg Art. 19 „übt er die Aufsicht aus über sämtliche Zweige der Verwaltung".

Sehr allgemein sagt die Chilenische Verfassung, der Präsi-

---

[1]) Vgl. die Zusammenfassung der Aufgaben des Staatshauptes: An der Spitze des Staates steht der summus magistratus, qui secundum leges ad salutem et utilitatem universalis consociationis constitutus, iura illius administrat et executioni mandat (Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880, S. 31).

dent „administra el Estado“ (Art. 50) und die Argentinische Verfassung Art. 86: „administración general del pais“.

2. Sodann folgen gewöhnlich die einzeln aufgezählten Funktionen, die natürlich nur die hauptsächlichsten sind und oft auch das Bestreben, möglichst umfassende Ausdrücke anzuwenden, erkennen lassen. So steht an ihrer Spitze der die Möglichkeit einer weitgehenden Auslegung bietende Satz, dass das Staatshaupt die Gesetze zu vollziehen habe. In fast sämtlichen nordamerikanischen Verfassungen findet sich die Vorschrift, der Präsident oder Governor „shall take care that the laws be faithfully executed“ [1]) (z. B. Bundesverfassung Art. 2 Sekt. 3, Pennsylvania Art. 4 Sekt. 2). In der Schweiz vollzieht die leitende Behörde die Gesetze (z. B. Bundesverfassung Art. 102 Nr. 5, Schaffhausen Art. 66 Nr. 4, Genf Art. 82), in den Hansestädten der Senat (z. B. Hamburg Art. 61 und Bremen § 57 l).

3. Der Senat hat in Bremen (§ 57 a) auch „die Sorge für die innere und äussere Sicherheit des Staates“ [2]); ebenso in Chile (Art. 72) der Präsident. Der Schweizer Bundesrat „sorgt für die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft, für Handhabung von Ruhe und Ordnung“ (Art. 102 Nr. 10); ebenso z. B. Art. 50d Unterwalden ob dem Wald, Bern Art. 39. Zu diesem Zwecke ist ihm zuweilen noch ausdrücklich das Recht, den Belagerungszustand zu verhängen, zugestanden, jedoch nur, wenn das Parlament nicht versammelt ist (Argentinien Art. 86 Nr. 19; Französisches Gesetz vom 3. April 1878); in Frankreich muss der Ministerrat gefragt sein, auch versammeln sich sofort die Kammern [3]); ferner Brasilien Art. 48 Nr. 15.

4. Es steht der Spitze sodann die Leitung der bewaffneten Macht zu. In den nordamerikanischen Freistaaten

---

[1]) „sweeping words“ (Bancroft, History of the formation of the constitution of the United States of America Bd. 2 S. 192).

[2]) Locke unterscheidet die exekutive Gewalt, die in den inneren Angelegenheiten die Gesetze des Staates zur Geltung bringt, und die föderative Gewalt, die das Gemeinwesen nach aussen hin verteidigt und vertritt (Liepmann, Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau, Berlin 1898, S. 60).

[3]) Matter, La dissolution des assemblées parlamentaires S. 111 ff.

ist das Staatshaupt verfassungmässig Oberbefehlshaber (commander in chief) der bewaffneten Macht der betreffenden Republik; die Miliz untersteht dem Präsidenten oder dem Governor, je nachdem sie in Diensten der Union oder des Staates steht: Bundesverfassung Art. 2 Sekt. 2 und z. B. New York Art. 3 Sekt. 4; ebenso Argentinien Art. 86 Nr. 15, Brasilien Art. 48. In anderen Republiken dagegen führt das Staatshaupt nicht persönlich den Oberbefehl. In Brasilien verwaltet der Präsident die Streitkräfte und kann, wenn er nicht persönlich den Oberbefehl ausüben will, den Oberbefehlshaber bezeichnen. Der französische Präsident „dispose de la force armée" (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3 Abs. 3); ebenso Mexiko Art. 85 Nr. 6, 7. In den Kollegialrepubliken kommt in gleicher Weise den Kollegien die Verwaltung des Militärwesens zu: Schweizer Bundesverfassung Art. 102 Nr. 12, Hamburg Art. 21. In den Hansestädten ist der Senat Kontingentsherr; ihm wird der Fahneneid geleistet[1]). In Argentinien ist der Präsident Chef der Hauptstadt (Art. 86 Nr. 3).

5. In den Republiken, die Bundesstaaten oder Gliedstaaten von solchen sind, hat die Spitze des Staates die Aufgabe, den Verkehr zwischen Einzel- und Gesamtstaat zu pflegen. Dies ist für den Schweizer Bundesrat (Art. 102) im einzelnen vorgeschrieben, er wacht für die Garantie der Kantonsverfassungen und prüft die Verträge, Gesetze, Verordnungen und die seiner Aufsicht unterstellten Zweige der Kantonalverwaltung. Für die Kantone (Zürich Art. 40, Uri Art. 62, Freiburg Art. 52[1]) und für Hamburg (Art. 22) sind die Vorschriften allgemeiner gehalten.

IV. Die Organe des Oberhauptes der Republik in der Wahrnehmung der ihm übertragenen Funktionen sind die ihm untergeordneten Staatsbeamten. Deren Kompetenz und Verhältnis zum Staatshaupte sind durch besondere Gesetze und Verordnungen bestimmt. Nur für die höheren Staatsbeamten, die Minister und Staatssekretäre, die mit dem Oberhaupte die Exekutive im Gegensatze zu der auch andere Beamte

---

[1]) Hamburg Art. 21; von Melle S. 96, Wolffson S. 9, Klügmann S. 59.

umfassenden Verwaltungsorganisation bilden, enthalten die Verfassungen selbst Vorschriften.

1. Zunächst unterstehen dem Staatshaupte die Minister[1]), seine wichtigsten Organe.

In den Kollegialrepubliken werden die ministeriellen Funktionen von den Mitgliedern des Exekutivkollegiums selbst wahrgenommen. Es findet sich hier das sog. Departementalsystem[2]). Es ist jedem Mitgliede des Rates (Senates), auch dem Vorsitzenden, ein Departement zugewiesen[3]), dessen Geschäfte er selbständig erledigt; nur in wichtigeren Angelegenheiten berät und entscheidet das ganze Kollegium. Die Mitglieder sind voneinander unabhängig, auch von dem Vorsitzenden des Kollegiums, denn sie bilden zusammen die höchste Behörde und Spitze der Republik und werden vom Volke gewählt. In diesen Kollegialrepubliken ist der Präsident des Bundesrats, Regierungsrats oder Senates zwar Staatsoberhaupt, da er die Funktionen des Staatsvorstandes wahrnimmt, jedoch nicht selbständig Spitze der Republik.

Dagegen ist in den Freistaaten, in denen an der Spitze eine Einzelperson steht, der Präsident der Vorgesetzte der den Zentralbehörden vorstehenden Staatsbeamten, der Minister oder Staatssekretäre. Er hat diese Stellung auch wenn er, wie in der Republik Panama, zugleich Kabinettschef ist; er ist ebenso der Vorgesetzte des Ministerpräsidenten; das Gesamtministerium, das Kabinett, ist nicht etwa eine selbständige, neben dem Staatshaupte stehende Behörde. Die Ernennung der Minister ist ein Recht des Staatshauptes, sei es, weil er überhaupt die Beamten ernennt, sei es, weil ihm dies Recht ausdrücklich übertragen ist[4]). In nordamerikanischen Staaten

---

[1]) Dupriez, Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, Paris 1892/93; Hervieu, Les ministres, leur rôle et leurs attributions dans les différents Etats organisés, Paris 1893; Brie, Artikel „Staatsminister, Staatsministerium" in Stengels Wörterbuch Bd. 2 S. 484 ff.

[2]) Bremen §35, Lübeck Art. 16 (Ratssetzung, alljährl. Geschäftsverteilung); von Melle S. 107; Verfassung der Eidgenossenschaft Art. 103; Zürich Art. 42.

[3]) Der Schweizer Bundespräsident musste bis zum Jahre 1887 das Departement der auswärtigen Angelegenheiten verwalten; dies ist jetzt nicht mehr nötig (Dupriez Bd. 2 S. 181).

[4]) Letzteres ist der Fall in Mexiko Art. 85 Nr. 3, Argentinien Art 86

werden der Staatssekretär und andere hohe Beamte zugleich mit dem Governor vom Volke gewählt[1]) oder vom Governor ernannt (Florida Art. 6 Sekt. 17).

Aus der Bedeutung, welche im heutigen konstitutionellen Staate die parlamentarische Verantwortlichkeit erlangt hat, hat sich die Tatsache ergeben, dass der republikanische Präsident einen Minister, der nicht das Vertrauen der Kammern geniesst, nicht im Amte behalten wird. Bezüglich der Verantwortlichkeit sind die französischen Minister, die vom Präsidenten der Parlamentsmehrheit entnommen werden und dem Parlamente unmittelbar verantwortlich sind, von den Staatssekretären in Nordamerika zu unterscheiden; diese sind nur die Gehilfen des Präsidenten oder des Governors und ihm allein verantwortlich. Die Minister vertreten in Frankreich die Regierung in beiden Kammern und müssen gehört werden; der Präsident kann ihnen zur Unterstützung bei der Beratung eines Gesetzentwurfes Kommissare beiordnen[2]). Dagegen nehmen die nordamerikanischen Staatssekretäre nicht an den Beratungen des Kongresses teil. Der Präsident oder Governor kann von ihnen über jede ihr Departement betreffende Frage einen schriftlichen Bericht verlangen, wie die Verfassungen der Vereinigten Staaten (Art. 2 Sekt. 2) und der meisten Einzelstaaten (z. B. Pennsylvania IV 10, Alabama V 9 „under oath", Arkansas VI 7) ausdrücklich hervorheben zu müssen glauben.

Die selbständigere Stellung der französischen Minister im Gegensatz zu den nordamerikanischen Staatssekretären zeigt sich auch darin, dass dem Ministerkollegium als solchem in Frankreich verschiedene Funktionen übertragen sind; es führt die Staatsgeschäfte bei Fortfall des Präsidenten vor Ablauf der Amtszeit bis zur Neuwahl; der Präsident hat in manchen

---

Nr. 10, Brasilien Art. 48 Nr. 2, Chile Art. 73 Nr. 6. Dupriez Bd. 2 S. 337 hält die Ernennung der Minister durch den Präsidenten für so selbstverständlich, dass in den Verfassungsgesetzen von 1875 dies Recht nicht ausdrücklich zu erwähnen gewesen sei; er weist darauf hin, dass in Wirklichkeit in Frankreich der Präsident nur den Ministerpräsidenten nach der Kammermajorität ernennt, der ihm dann eine Liste seiner Kollegen zusammenstellt.

[1]) z. B. Alabama V 3, Jowa IV 22.

[2]) Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 6 Abs. 2.

Fällen, z. B. wenn er den Belagerungszustand verhängen will, den Rat des Conseil des ministres einzuholen, in dem er präsidiert, während im Conseil de cabinet der Ministerpräsident den Vorsitz führt[1]).

Hiermit ist nicht zu verwechseln der Staatsrat (conseil d'Etat), wie er durch Gesetz vom 24. Mai 1872 (später modifiziert) geschaffen ist[2]). Die Mitglieder des Staatsrates werden vom Präsidenten teils allein, teils im Ministerconseil ernannt und können auch nur in gleicher Form entlassen werden. Die Funktionen des Staatsrates bestehen hauptsächlich darin, ohne bindende Kraft der Legislative und der Exekutive Rat zu erteilen; ausserdem übt er die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Ein Staatsrat besteht auch in Chile, der die Gesetzesentwürfe der Exekutive begutachtet und der dem Präsidenten gewisse Beamten vorschlägt; auch er ist in erster Linie „puramente consultivo“ (Art. 93 ff.).

Dem Staatsrat ähnlich ist der dem Governor beigegebene Rat, wie er sich jetzt nur noch in Massachusetts (Kap. 2 Sekt. 3) und New Hampshire (Sekt. 60 ff.) sowie in Maine und Nord-Karolina findet. Er ist ebenfalls bestimmt „for advising the governor in the executive part of government“ und besteht aus fünf bis neun Mitgliedern, besonders den höchsten Verwaltungsbeamten, die jährlich gewählt und vom Governor nach seinem Ermessen zusammengerufen werden.

2. Eines der wichtigsten Rechte ist das der Beamtenernennung[3]).

In den französischen Grundgesetzen, die sich ja überhaupt einer knappen Fassung befleissigen, ist nur bestimmt: Le Président nomme à tous les emplois civils et militaires[4]). Nach anderen Verfassungen ernennt der Präsident die Minister, Staatssekretäre, Ge-

---

[1]) Dupriez Bd. 2 S. 349, 351.

[2]) Batbie, Traité Bd. 3 S. 218, 219; Dupriez Bd. 2 S. 482 ff.; Hervieu S. 196. Auch Hagens im Archiv für öffentl. Recht Bd. 17 (1902) S. 373.

[3]) v. Mohl (Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. 1 S. 489) trägt Bedenken, dem Präsidenten dies Recht zu geben.

[4]) Nach dem Gesetz vom 3. April 1878 sind die kommandierenden Generäle aber nur dann länger als drei Jahre im Amte, wenn sie durch Dekret im Ministerconseil vom Präsidenten ernannt sind.

sandte und Konsuln, die Mitglieder des höchsten Gerichtshofes, höhere Offiziere sowie andere höhere Beamte, und zwar teils ohne, teils mit Zustimmung des Senates oder des Parlamentes; zuweilen ist auch das Recht, die Ernannten oder andere Beamte zu entlassen, erwähnt: Mexiko Art. 85 Nr. 2—5, Argentinien Art. 86 Nr. 5, 10, 16, Brasilien Art. 48 Nr. 2, 11, 12. In Nordamerika schlägt das Staatshaupt den zu ernennenden Beamten vor (nominate) und ernennt (appoint) ihn dann mit dem Rat und der Zustimmung des Senates oder einer Mehrheit desselben. Unter Mitwirkung des Senats ernennt der Präsident der Union die Governors der Territorien, die dieselben Funktionen wie die Governors in den Staaten haben[1]. Präsident und Governor fertigen die Bestallungen des Beamten aus (commission) und dürfen in der Zeit, in der der Senat nicht versammelt ist, unbesetzte Stellen besetzen; doch muss der Senat nach seinem Zusammentritt diese Ernennungen bestätigen: Bundesverfassung Art. 2 Sekt. 2 §§ 2, 3, Sekt. 3, Pennsylvania Art. 4 Sekt. 8, Nord-Karolina Art. 3 Sekt. 10[2].

In den Kollegialrepubliken entfällt das Recht, die höheren Staatsbeamten zu ernennen, für die Exekutive fast völlig, einmal, weil, wie gesagt, die Funktionen der dem Staatshaupte zunächst unterstehenden Exekutivbeamten von den Mitgliedern des vom Volke oder der gesetzgebenden Versammlung gewählten Kollegiums selbst wahrgenommen werden, dann weil die besonderen Verhältnisse dieser Republiken für eine Ernennung anderer höherer Staatsbeamten keinen Raum mehr lassen. In den Schweizer Freistaaten steht die Ernennung der höheren Beamten der gesetzgebenden Behörde zu (z. B. Bundesverfassung Art. 85 Nr. 4); den Senaten der Hansestädte steht auf Grund besonderer Vereinbarungen mit Preussen das Recht, höhere Offiziere zu ernennen, nicht zu, dagegen ernennen sie die Richter, insbe-

---

[1]) Dupriez Bd. 2 S. 149, 150.

[2]) Über die Frage, ob der Präsident der Vereinigten Staaten die Beamten entlassen kann, besteht Streit; hierzu wurde der Tenure of office act im Jahre 1867 erlassen; vgl. Pomeroy, An introduction to the constitutional law S. 425 ff.; Bancroft, History Bd. 2 S. 188 ff.; Cleveland, Presidential problems S. 19 ff.; Moore, A digest of international law, Washington 1906, § 632.

sondere die Mitglieder des gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts, sowie die höheren Verwaltungsbeamten selbst [1]).

Die Ernennung anderer untergeordneter Staatsbeamten erfolgt in den Republiken, wie auch sonst in den heutigen Staaten, nicht durch das Staatshaupt selbst, sondern durch andere von ihm abhängige Organe, denen dies Recht teils von dem Staatshaupt selbst, teils durch die Verfassung [2]) übertragen ist.

V. Ausser diesen wichtigsten Funktionen der verwaltenden Tätigkeit des republikanischen Staatsoberhauptes finden sich in den Verfassungen der Republiken natürlich noch manche andere Funktionen aufgezählt [3]). So teilen die Verfassungen der Schweizer Kantone der obersten Exekutivbehörde des Staates viele Funktionen zu, die in anderen, besonders grösseren Republiken nicht von dem Staatshaupte oder den Zentralbehörden, sondern von mittleren Verwaltungsbehörden wahrgenommen werden [4]). In Argentinien (Art. 86 Nr. 8, 9) und Chile (Art. 73 Nr. 8, 13) übt der Präsident bezüglich der Präsentation der Bischöfe die Patronatsrechte für den Staat aus und erteilt in Argentinien den Konzilienbeschlüssen, Bullen und päpstlichen Reskripten das Plazet. Der Präsident des ehemaligen Oranjefreistaates [5]) hatte sogar die Pflicht, möglichst oft zur Entgegennahme von Wünschen das Land zu bereisen.

Alle derartige Einzelheiten erklären sich oft leicht aus

---

[1]) von Melle, Das Hamburgische Staatsrecht S. 101, 102.

[2]) Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika Art. 2 Sekt. 2 § 2: ... but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments.

[3]) Liepmann, Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau S. 60 Anm. 4: Ausserdem soll die exekutive Gewalt alle diejenigen Fälle zur billigen Entscheidung bringen, die das Gesetz nicht vorausgesehen hat (Locke).

[4]) z. B. Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung, Handhabung der Polizei, Entscheidung über Kompetenzstreitigkeiten, Erteilung verschiedener Konzessionen.

[5]) Verfassung Art. 32 (bei Dareste, Les constitntions modernes Bd. 2 S. 559).

den besonderen Verhältnissen der Republik. Sie brauchen nicht eingehender dargestellt zu werden, da sie die Rechtsstellung des republikanischen Staatshauptes, wie es als allgemein-staatsrechtlicher Begriff hier gezeichnet werden soll, nicht berühren.

§ 10. Die Verantwortlichkeit.

I. Aus dem Begriffe des Beamten und insbesondere auch aus dem Zwecke des Staatsamtes folgt die Verantwortlichkeit des Beamten für die von ihm vorgenommenen Amtshandlungen [1]). Der Staatsbeamte handelt als Organ des Staates und ist dem ihm übergeordneten Organe in der Ausführung staatlicher Aufgaben behilflich. Dies ist aber nur möglich, wenn die Tätigkeit des Staatsbeamten nicht in jedem Augenblicke in den guten oder schlechten Willen des Beamten gestellt ist. Mit der Übernahme des Amtes, der Anstellung, erwirbt der Beamte nicht nur ein Recht, sondern er übernimmt auch die Pflicht, die ihm übertragenen Funktionen wahrzunehmen, und zwar ist diese Pflicht rechtlich erzwingbar, da der Beamte dem Staate gegenüber sich in einem Abhängigkeitsverhältnisse befindet. Für eine Handlung verantwortlich zu sein, bedeutet nun nichts weiter als gewärtigen zu müssen, für die Folgen der Handlung in Anspruch genommen zu werden. Dies setzt eine Pflicht zur Vornahme dieser Handlung voraus, mindestens aber eine Person, die den Beamten zur Verantwortung ziehen kann. Nur das oberste Organ des Staatsganzen, der Träger der Staatsgewalt ist unverantwortlich. Da niemand über ihm steht, der ihn rechtlich zu der Vornahme einer Handlung anhalten und sein Richter sein kann, kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden. Monarch und Staatsvolk sind also für ihre Handlungen nicht verantwortlich; dagegen

---

[1]) v. Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate S. V: „Es gehört zu den wesentlichen Merkmalen des modernen Staates, dass jeder Träger öffentlicher Organstellung für sein Handeln und Unterlassen verantwortlich sei"; vgl. auch Samuely, Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit in der konstitutionellen Monarchie, Berlin 1869 S. 55. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. 1 S. 559: „Die persönliche Verantwortlichkeit des Präsidenten ist eine logische Notwendigkeit in einer Republik".

sind alle dem Träger der Staatsgewalt untergeordnete Organe diesem verantwortlich.

II. Für das Staatsoberhaupt in der Republik steht es daher ausser Zweifel, dass es als Beamter begrifflich und grundsätzlich verantwortlich ist. Wenn Verfassungen statuieren, dass das Staatshaupt der Republik für seine Amtshandlungen unverantwortlich sei, so beruht dies auf politischen Gründen, nicht auf demselben Rechtsgrunde, aus dem das monarchische Staatshaupt als Träger der Staatsgewalt unverantwortlich ist [1]). Wie der Richter durch die richterlichen Garantien möglichst unabhängig und unbeeinflusst gestellt werden soll, so soll dasselbe bei dem republikanischen Staatshaupte dadurch erreicht werden, dass es in bezug auf seine in Ausübung seines Amtes begangenen Handlungen der Verantwortlichkeit entzogen oder seine Verantwortlichkeit beschränkt wird. Nur seiner politischen Stellung wegen ist ihm eine freiere und unabhängige Stellung gegeben und seine Verantwortlichkeit oft so sehr gemindert, dass die Unverantwortlichkeit wie beim souveränen Monarchen das Grundsätzliche und Primäre, und die Bestimmungen, die bei schweren Staatsverbrechen die Verantwortlichkeit anordnen, Ausnahmen zu sein scheinen: „Die Verantwortlichkeit der Präsidenten ist rechtlich eine so minimale, dass man ohne weiteres von einer Unverantwortlichkeit sprechen kann“ [2]). Es kann nicht mit der organischen Lehre [3]) eine prinzipielle Unverantwortlichkeit der höchsten Staatsorgane aus ihrer Eigenschaft als Repräsentanten des Staates abgeleitet werden. Die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Oberhauptes der Republik ist die „logische Folge des Grundsatzes der Volkssouveränität“ [4]).

In der Republik kann das Staatshaupt als höchster Beamter nur dem Träger der Staatsgewalt, der Aktivbürger-

---

[1]) Über die Geschichte der Verantwortlichkeit und Unverantwortlichkeit der monarchischen und republikanischen Staatshäupter s. v. Frisch S. 105 ff.

[2]) v. Frisch S. 134; vgl. auch Brie, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs S. 33.

[3]) Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen S. 70.

[4]) Perrin, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France, Paris 1900, S. 68.

schaft, oder dessen Repräsentation, dem Parlamente, verantwortlich sein. Dass dieses in der Hauptsache die gesetzgebenden Funktionen wahrnimmt, ist bedeutungslos. Das Parlament tritt dem Staatshaupte hier als Gerichtshof gegenüber, nicht weil es die gesetzgebende Gewalt hat, sondern weil es die Repräsentation des souveränen Volkes ist [1]).

Es ist nicht nur das Mass der Verantwortlichkeit aus den angegebenen Gründen für das republikanische Staatshaupt anders als für die übrigen Staatsbeamten gestaltet worden, sondern die Verantwortlichkeit der Staatshäupter hat sich im Zusammenhange mit der ministeriellen Gegenzeichnung zu einem besonderen Rechtsinstitute entwickelt. Sie hat eine derartige Ähnlichkeit mit der Verantwortlichkeit der Minister, dass deren Lehre mit ihren Arten und ihrer Einteilung, die eine reichere Literatur aufweist, ohne weiteres hier herangezogen werden kann und muss.

III. Die Spitze der Kollegialrepubliken bedarf nicht so sehr einer Einschränkung der Verantwortlichkeit wie eine Einzelperson; es besteht daher grundsätzlich für die Mitglieder der regierenden Kollegien die gleiche Verantwortlichkeit wie für die Staatsbeamten überhaupt. Art. 117 der eidgenössischen Verfassung setzt fest, dass die Beamten der Eidgenossenschaft für ihre Geschäftsführung verantwortlich sind, und dass ein Bundesgesetz diese Verantwortlichkeit näher bestimmen werde. Nach Art. 4 des Schweizer Verantwortlichkeitsgesetzes vom 9. Dezember 1850 [2]) wird die Verantwortung durch Verübung von Verbrechen und Vergehen in der Amtsführung sowie durch Übertretung der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder Reglemente begründet. Besondere Bestimmungen für die Mitglieder

---

[1]) Es ist allerdings richtig, wenn Steinbach, Die rechtliche Stellung des Deutschen Kaisers verglichen usw. S. 2, von der nordamerikanischen Verfassung sagt: „Vollzugs-, gesetzgebende und richterliche Gewalt sind einander koordiniert“; wenn er aber fortfährt „keine ist der anderen verantwortlich, sondern allein dem souveränen Volke“, so ist nicht ersichtlich, wie denn die gesetzgebende Gewalt nach positivem Rechte dem Staate verantwortlich sein soll.

[2]) Blumer-Morel, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts Bd. 3 S. 224; Young, Der Staatsdienst usw. S. 75: Schollenberger, Bundesverfassung Art. 117.

des Bundesrates bestehen ebenfalls nicht. Auch in den Hansestädten wird nicht mehr als die allgemeine Beamtenverantwortlichkeit verlangt; Hamburg Art. 27: „Die Mitglieder des Senates sind dem Staate dafür verantwortlich, dass durch ihre Amtsführung weder die Verfassung noch die Gesetze verletzt werden". Auch hier soll ein besonderes Gesetz Umfang und Geltendmachung dieser Verantwortlichkeit regeln. In Lübeck (Gesetz das Austreten aus dem Senate betreffend § 3) kann der Senat, wenn ein Mitglied sich beharrlich weigert, den Pflichten nachzukommen, oder seine Amtsbefugnisse gröblich überschreitet, beschliessen, dass der Austritt geboten sei, und bei einer Weigerung des Mitgliedes eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen. Auch in Bremen (Gesetz den Senat betreffend § 20) kann der Senat ein Mitglied auf diese Weise zum Austritte nötigen. Als ein besonderes staatsgerichtliches Verfahren wie etwa das Impeachment ist dies aber nicht anzusehen.

IV. Man hat eine Reihe von Arten der Verantwortlichkeit festgestellt und sie nach verschiedenen Gesichtspunkten geordnet [1]). Man kann z. B. eine Unterscheidung je nach der strafbaren zu verantwortenden Handlung oder nach dem Forum treffen [2]). Gewöhnlich [3]) werden aber, obwohl im einzelnen nicht unerhebliche Abweichungen bestehen, parlamentarische (konstitutionelle oder politische), staatsrechtliche, strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit unterschieden.

1. Für die politische oder parlamentarische Verantwortlichkeit bestehen Folgen positivrechtlicher Natur nicht. Ob nur die Zweckmässigkeit oder auch die Rechtsgültigkeit (Verfassungsmässigkeit) der Massregeln des sich dem Parlamente gegenüber verantwortenden Vertreters der Regierung verantwortet wird, richtet sich nach der Art der Verantwortung. Eine nicht verfassungsmässige Massregel ist eine Verletzung der Verfassung und wird daher unter Umständen strafrechtlich

[1]) v. Frisch S. 147; Samuely S. 3. Zum Teil abweichend Passow, Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit, 1904 S. 2 ff., dazu Fleischmann in der Deutschen Literaturzeitung 1906 Sp. 2973.

[2]) ähnlich wie v. Frisch S. 152 sie trifft.

[3]) S. z. B. Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik S. 54.

verantwortet werden. Die politische Verantwortlichkeit äussert sich nur in der Verpflichtung, dem Parlamente Erklärungen und Auskünfte, besonders auf Interpellationen und Beschwerden, zu geben, oder das Staatshaupt sieht sich genötigt, Minister, die das Vertrauen der Kammern nicht besitzen, zu entlassen. Sie ist eigentlich keine Verantwortlichkeit, denn eine Pflicht zur Beantwortung und Auskunftserteilung sowie zur Entlassung missliebiger Minister besteht nach objektivem Rechte nicht; ein direkter Zwang kann nicht ausgeübt werden, man spricht deshalb auch von einer moralischen Verantwortlichkeit. Nur insoweit die parlamentarische Verantwortlichkeit durch eine politische Übung gestützt und für die Praxis anerkannt ist, kann sie als ein Rechtsinstitut angesehen werden. Dies ist der Fall in der parlamentarischen Republik Frankreich bei der politischen Abhängigkeit des Präsidenten von der Kammermajorität, der er die Minister entnimmt. Wird das republikanische Staatshaupt auf Grund von Normen des gesetzten Rechts, etwa der Verfassung oder eines Staatsbeamtengesetzes, zur Rechenschaft gezogen, so hat dies nur zivilrechtliche oder strafrechtliche Folgen.

2. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist für das Staatsrecht ohne grosse Bedeutung. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass bei einer Verfehlung des Staatschefs und einer Gefährdung oder Schädigung von Staatsinteressen dem Staate nicht mit zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen gedient ist. Während in Frankreich[1]) die Gerichte nicht zuständig sind, wenn ein Schaden bei einem in der gesetzlichen Ausübung der Funktionen eines Amtes vorgenommenen Akte entstanden ist, ist in den Vereinigten Staaten eine Schadensersatzklage gegen den Präsidenten möglich, da er keinen besonderen Schutz in dieser Hinsicht geniesst. Art. 108 der Verfassung Mexikos bestimmt ausdrücklich, dass hierin kein Privileg gegeben sei. Nach Art. 89 der Hamburgischen Verfassung können die Verwaltungsbehörden, ohne dass es einer besonderen Erlaubnis dazu bedarf, von jedem, der sich durch ihre amtlichen Handlungen in seinem

---

[1]) Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik S. 58 Anm. 2.

Privatrechte verletzt glaubt, auf Entschädigung oder Genugtuung gerichtlich belangt werden.

3. Sodann besteht noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit. Ihr sind die republikanischen Staatshäupter und Minister wie jeder andere Staatsangehörige unterworfen. Die Ahndung aller Verbrechen und Vergehen ist, soweit sie vom Gesetze mit Strafe bedroht werden, den ordentlichen Gerichten übertragen. Die Normen des Strafrechts und Strafprozesses finden grundsätzlich volle Anwendung auf das republikanische Staatshaupt.

4. Die höchsten Magistrate werden aber mit noch anderen Rechtsnachteilen bedroht. Über die juristische Natur dieser Verantwortlichkeit sind die Meinungen geteilt.

Samuely sucht den Nachweis zu erbringen, dass „die Verantwortlichkeit der Minister, deren Realisierung der Volksvertretung zusteht, ihrem Rechtsgrund, ihrem Inhalt und ihrer Natur nach ein Ausfluss der disziplinaren Verantwortlichkeit aller Staatsdiener sei“ [1]. Ihm gegenüber führt v. Frisch [2] zutreffend aus, dass diese Verantwortlichkeit der disziplinaren Strafgewalt über die Staatsdiener in manchen Punkten zwar ähnlich, aber nicht gleich sei. Es fragt sich dann, ob diese Verantwortlichkeit nicht auch rein strafrechtlicher Natur ist [3]. Schon Ausdrücke wie: in Anklagezustand versetzen, aburteilen, Gerichtshof, deuten auf ein Gerichtsverfahren und den strafrechtlichen Charakter hin. Es liesse sich annehmen, dass der besonderen Natur der politischen Vergehen, der verletzten Staatsinteressen und des Angeklagten durch die Bestimmung eines besonderen Gerichtshofes und eines besonderen Verfahrens Rechnung getragen worden sei, denn ähnliche Abweichungen vom gewöhnlichen Strafverfahren finden sich auch sonst; so werden die gewöhnlichen Gerichte z. B. durch die Austrägalgerichte ersetzt. Die genannten Ausdrücke zwingen aber nicht zur strafrechtlichen Auffassung, sie können auch „disziplinär“ verstanden werden [4]. Aus der

[1]) a. a. O. S. 87.

[2]) a. a. O. S. 171 ff.

[3]) Perrins Monographie ist entsprechend betitelt „De la responsabilité pénale etc.“

[4]) Fleischmann in der Deutschen Literaturzeitung 1906 Sp. 2973.

politischen Natur der zur Anklage führenden Vergehen, die meist in jeder Verfassungsverletzung bestehen können und deshalb auch nicht wie in den Strafgesetzbüchern aufgezählt sind, folgt weiter, dass zunächst der Zweck des Verfahrens ist, den Staat zu sichern, und erst in zweiter Linie, eine Bestrafung des Schuldigen herbeizuführen: so kann in den Vereinigten Staaten von Amerika überhaupt nur auf Dienstentlassung erkannt werden.

Hiernach wird man am besten eine spezifische Ministerverantwortlichkeit oder, da sie ja auch gegen die republikanischen Staatshäupter wirkt, eine besondere staatsrechtliche Verantwortlichkeit annehmen. Gerade sie ist mit der politischen oder parlamentarischen Verantwortlichkeit eine Eigentümlichkeit des Staatsrechts, da, wie gezeigt, die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit für die höchsten Magistrate eine besondere Regelung nicht gefunden hat. Staatsrechtliche und parlamentarische Verantwortlichkeit vereinigen sich mit der gleich zu besprechenden ministeriellen Gegenzeichnung zu einem besonderen Rechtsinstitute. Von einander unterscheiden sie sich dadurch, dass für die parlamentarische Verantwortlichkeit keine Rechtsfolgen bestehen, sie fügt sich der sittlichen Verantwortlichkeit ein [1]). Die staatsrechtliche Verantwortlichkeit aber kann (wie die zivil- und strafrechtliche) auf Grund positiver Rechtsnormen geltend gemacht werden. Jedoch sind hierfür ein besonderes Verfahren und besondere Rechtsfolgen bestimmt, die daher noch einer Darstellung bedürfen. Dem Hauptzwecke der staatsrechtlichen Verantwortlichkeit, den Staat zu sichern, entspricht auch die Tatsache, dass in den heutigen Staaten die staatsrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber der parlamentarischen Verantwortlichkeit, trotzdem letztere zum Teil gar nicht ein Institut des geschriebenen Verfassungsrechts ist und durch Anklage, direkten Zwang oder Bestrafung nicht realisiert werden kann, verhältnismässig sehr geringe Bedeutung hat. Bryce[2]) nennt das Impeachment das schwerste Geschütz im Arsenal des Kongresses; dies Verfahren sei deshalb schwierig

---

[1]) Pistorius, Die Staatsgerichtshöfe und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem deutschem Staatsrecht, Tübingen 1891, S. 3.

[2]) The American Commonwealth, 3. ed., Bd. 1 S. 211.

zu handhaben und könne sich nur gegen schwere Verbrechen richten. In den Vereinigten Staaten von Amerika hat nur ein Impeachment stattgefunden, und auch dieses endete mit einer Freisprechung. Allerdings ist in Nordamerika auch die Abdankung vor Ablauf der Amtszeit so wenig den Traditionen entsprechend (da der Präsident sein Mandat vom Volke, nicht vom Parlamente hat), dass hier aus diesem besonderen Grunde die parlamentarische Verantwortlichkeit wenig Erfolg haben wird. In Frankreich dagegen haben von fünf sich folgenden Präsidenten vier ihr Amt niedergelegt [1]). In einem ausgebildeten konstitutionellen Staate wird also die parlamentarische Verantwortlichkeit meist vollkommen ausreichen. Eine durch Urteil ausgesprochene Amtsentsetzung hat im Gegensatze zu einem freiwilligen Rücktritte bereits den Charakter der Strafe.

V. Die ministerielle Gegenzeichnung ist das Gegenstück und die Ergänzung der in Monarchien grundsätzlich, in Republiken tatsächlich bestehenden Unverantwortlichkeit des Staatsoberhauptes [2]).

In den Kollegialrepubliken ist kein Raum für sie, da die Mitglieder des Kollegiums dem Vorsitzenden gegenüber nicht die Stellung von Ministern einnehmen. Sie besteht ferner nicht in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und ihren Gliedstaaten. Hier ist, wie aus der Rechtsstellung der Staatssekretäre folgt, der Präsident oder der Governor allein für alle Regierungsakte verantwortlich. Er unterzeichnet allein seine Anordnungen, die Staatssekretäre sind nur ihm gegenüber verantwortlich [3]).

In den übrigen Republiken dagegen findet sich die ministerielle Gegenzeichnung. Wenn aus politischen Gründen das republikanische Staatshaupt nicht oder nur in beschränktem Masse verantwortlich ist, so sollen die Rechte und die Sicherheit des Staatsvolkes nicht dadurch berührt wer-

[1]) Des Noyers, Le pouvoir exécutif aux États-Unis (Revue des Deux Mondes vom 1. Oktober 1901 S. 635, 636 Anm. 1).

[2]) Vgl. zur ministeriellen Verantwortlichkeit auch Brie, Art. „Staatsminister“ in Stengels Wörterbuch Bd. 2 S. 492 ff.

[3]) de Chambrun, Le pouvoir exécutif aux États-Unis, 2. édit., Paris 1896, S. 335; Steinbach, Die rechtliche Stellung usw. S. 39.

den. Es treten die Minister an die Stelle des Staatshauptes und sind für dieses dem Volke verantwortlich, ausser der kraft ihrer allgemeinen Eigenschaft als Staatsbeamte bereits bestehenden Verantwortlichkeit. Die Übernahme der Verantwortlichkeit geschieht nach heutigem konstitutionellen Staatsrechte in jedem einzelnen Falle besonders, und zwar dadurch, dass der zuständige Minister den Staatsakt gegenzeichnet [1]). Sehr wahrscheinlich ist es, dass die Gegenzeichnung zunächst nur die Wirkung hatte, die Unterschrift des Zeichners, des Staatschefs, als dessen eigenhändige Unterschrift zu beglaubigen, ohne dass dadurch eine materielle Garantie für den Inhalt des betreffenden Schriftstückes übernommen wurde [2]).

Eine besondere Stellung unter den gegenzuzeichnenden Akten nehmen gewöhnlich die militärischen Angelegenheiten, soweit sie den Oberbefehl über die bewaffnete Macht betreffen, ein. In diesen soll die Handlungsfreiheit des Staatshauptes nicht durch konstitutionelle Fesseln gehemmt werden [3]). In der Monarchie steht der Oberbefehl über das Heer unzweifelhaft dem Monarchen allein zu; er hat dann das militärische Verordnungsrecht, die Regierungsakte in Militärangelegenheiten sind zum Teil der Gegenzeichnung des zuständigen Ministers entzogen. Dem republikanischen Staatsoberhaupte ist vielfach, z. B. in Amerika und Frankreich, verfassungsgemäss ebenfalls das Heer unterstellt. Es darf jedoch nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass der Präsident ebenso gestellt sei wie der Monarch. Zunächst ist er nicht immer selbst Oberbefehlshaber. An und für sich unterliegen grundsätzlich alle Regierungsakte der Gegenzeichnung; diese kann für eine Materie wie die militärischen Angelegenheiten auch nur durch besondere Verfassungsbestimmung oder ein Ausnahmegesetz ausgeschlossen werden. Allerdings hat hier in der Monarchie oft die Praxis über die Theorie gesiegt [4]). Der Monarch als

---

[1]) Französisches Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3 Abs. 6.

[2]) Fleischmann, Weg der Gesetzgebung S. 65, 66. v. Frisch S. 29 ff.

[3]) v. Frisch S. 358.

[4]) Fleischmann in der Deutschen Literaturzeitung 1906 Sp. 2975: „Die Befreiung landesherrlicher Anordnungen von der Gegenzeichnung, namentlich ihr Umfang, birgt ein Stück Gewohnheitsrecht“.

höchster Offizier erlässt auch ohne ausdrückliche Ermächtigung Akte, die den Oberbefehl betreffen, ohne Gegenzeichnung[1]). Die republikanischen Staatshäupter dagegen, die diese Stellung nicht haben und denen ein entsprechendes Recht, auch wenn sie selbst den Oberbefehl führen, durch das Gewohnheitsrecht nicht beigelegt ist, müssen sich bei jeder Verfügung über die Truppenmacht an die Gegenzeichnung gebunden halten[2]). Der nordamerikanische Präsident, der selbst Oberbefehlshaber ist und dessen Akte, wie gesagt, nicht der Gegenzeichnung bedürfen, hat also nur aus letzterem Grunde in dieser Beziehung eine monarchenähnliche Stellung.

VI. Während in den meisten Fällen durch die Gegenzeichnung die Verantwortlichkeit auf den gegenzeichnenden Minister übergeht, wird sie nach positiver Verfassungsbestimmung nicht ausgeschlossen im Falle des Hochverrates und anderer schweren Staatsverbrechen. Das französische Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 6 Abs. 2 bestimmt: „Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison", während es im Abs. 1 von den Ministern heisst: „Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du Gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels". Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika Art. 2 Sekt. 4 zählt ausser Hochverrat noch Bestechung und andere hohe Verbrechen und Vergehen (treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors) auf, worunter sich dann schliesslich alles bringen lassen wird. Übereinstimmung besteht darüber, dass das Vergehen sich auf die amtliche Tätigkeit beziehen muss, im übrigen hängt die Frage, was zu den Anklagegründen zu rechnen sei, in hohem Masse von politischen Erwägungen des jeweiligen Kongresses ab[3]). Die Verfassungen Brasiliens Art. 54 und Mexikos Art. 105[4]) geben eine ganze Reihe von Vergehen an, wegen deren Anklage gegen den Präsidenten erhoben werden kann.

---

[1]) v. Frisch S. 356, 357.

[2]) Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik S. 46 ff.

[3]) v. Holst, Staatsrecht der Ver. Staaten S. 87, 88; s. a. oben S. 82 Anm. 2.

[4]) S. auch Dareste, Les constitutions modernes Bd. 2 S. 486 Anm. 1.

In allen diesen in den Gesetzen aufgezählten Fällen bleibt die grundsätzliche Verantwortlichkeit bestehen, es liegt nicht etwa eine Ausnahme von einer prinzipiellen Unverantwortlichkeit vor; beide, Staatshaupt wie gegenzeichnender Minister, können zur Rechenschaft gezogen werden. Unnötigerweise hat diese Tatsache manchen Schriftstellern Schwierigkeiten bereitet, insofern darin, dass Präsident und Minister in gleicher Weise für dieselbe Handlung haftbar gemacht werden, eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem erblickt wird[1]. Die Haftung beider Personen ist aber durchaus nicht unzulässig. Sie werden nach allgemeinen strafrechtlichen Normen wie zwei Mittäter bestraft. Auch ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch könnte eventuell — praktisch wird dies, wie gesagt, wohl kaum werden — gegen beide solidarisch Haftende begründet sein.

VII. Die Art und Weise, wie das republikanische Staatsoberhaupt in den angeführten Fällen zur Verantwortung gezogen wird, das Verfahren, ist in den Verfassungen besonders geregelt worden. In den Vereinigten Staaten von Amerika und ihren Gliedstaaten heisst dies Verfahren impeachment[2], wie es überhaupt gegen jeden Beamten wegen seiner in Ausübung des Amtes begangenen Verfehlungen angewendet werden kann. In einem Verfahren gegen den höchsten Staatsbeamten ist aber die Ausübung der Gerichtsbarkeit anderen Staatsbeamten entzogen. Das republikanische Staatshaupt hat sich vor dem Parlamente, der Repräsentation des Trägers der Staatsgewalt, zu verantworten, und zwar fungiert die zweite Kammer (in Frankreich die Deputiertenkammer, in Nordamerika das Repräsentantenhaus bzw. Assembly) als Anklagebehörde und der Senat als Gerichtshof[3]. Ebenso wird in Mexiko (Art. 104, 105) und Brasilien (Art. 33, 53) der Präsident bei Amtsvergehen

---

[1]) Vgl. dazu v. Frisch S. 138.

[2]) Foster, Commentaries Bd. 1 S. 505 ff.; Story, Commentaries §§ 786 ff.; Pomeroy, Introduction to the constitutional law; Federalist Kap. 65, 66, Bancroft, History Bd. 2 S. 193, wo andere bei der Beratung der Verfassung gemachte Vorschläge angegeben sind und auf das englische Vorbild hingewiesen ist; Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts S. 685, 686.

[3]) Franz. Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 12; Verfassung der Ver. Staaten Art. I Sekt. 3 § 6.

durch die Kammer vor den Senat, allerdings bei anderen bürgerlichen Vergehen, die hier auch nach ausdrücklicher Vorschrift zu verantworten sind, vor den obersten Gerichtshof gezogen. In Nordamerika führt nicht der Vizepräsident, der Präsident des Senats ist, den Vorsitz bei einer Aburteilung des Präsidenten, dessen Nachfolger er sein würde, sondern der oberste Richter. Nach manchen Verfassungen ist eine amtliche Tätigkeit des Angeklagten während des Prozesses verboten [1]. Zu der Verurteilung ist oft eine Zweidrittelmehrheit notwendig, ein Rechtsmittel ist nicht gegeben.

VIII. Über die Folgen der Verantwortlichkeit bestehen nicht ausführliche Vorschriften. Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika (Art. 1 Sekt. 3 § 7) bestimmt, dass der Senat nur auf Amtsentsetzung und Unfähigkeit, ein besoldetes oder ein Ehrenamt zu bekleiden, erkennen kann; eine weitere Verurteilung muss durch die ordentlichen Gerichte erfolgen. Das französische Verfassungsgesetz enthält nichts über die Folgen; das in Aussicht gestellte Gesetz über das Verfahren vor dem Senate ist am 10. April 1889 erlassen. Falls nähere dieses Rechtsinstitut regelnde Bestimmungen fehlen, sind ergänzend die Normen des Strafrechts und Strafprozesses heranzuziehen. Eine ausschliessliche Geltung haben diese natürlich in solchen Republiken, die eine besonders geregelte Verantwortlichkeit des Staatsoberhauptes nicht kennen.

§ 11. Der Vizepräsident und die Stellvertretung des Staatshauptes.

I. Wiewohl das republikanische Staatsoberhaupt normalerweise ununterbrochen die meist nur wenige Jahre betragende Amtsperiode hindurch bis zum Ende fungieren wird, ist es möglich — und es ist von den Verfassungen für den Fall Vorsorge zu treffen —, dass während der Amtszeit in der Person des Staatshauptes eine Änderung erfolgt. Es ist möglich, dass während der Amtsdauer eine zeitweilige Behinderung eintritt, nach der der Präsident weiter fungieren wird; in diesen Fällen ist für eine Vertretung des Präsidenten

[1] v. Holst, Staatsrecht der Ver. Staaten S. 154 Anm. 1.

zu sorgen. Es ist aber auch möglich, dass während der Amtsdauer die Funktion eines Präsidenten endgültig aufhört. Die Fälle solcher Beendigung sind bereits früher (S. 104ff.) erörtert. Bei solchem Vorkommnis könnte entweder sofort eine neue Periode des Nachfolgers beginnen, oder es versieht für den fortfallenden Präsidenten eine andere Person die Funktionen des Staatsoberhauptes bis zum Ablaufe dieser Periode. Für diese aufgezählten Fälle haben nun viele Verfassungen besondere Persönlichkeiten vorgesehen, wie den Vizepräsidenten, dem Worte nach das stellvertretende republikanische Staatsoberhaupt, den lieutenant-governor, den Landesstatthalter.

II. Im folgenden soll ein Blick auf die Regelung der Vertretung im einzelnen fallen, und zwar zunächst für Amerika.

1. Das Institut der Vizepräsidentschaft der Vereinigten Staaten von Amerika ist das Vorbild vieler anderer amerikanischer Verfassungen geworden, es mag daher mit seinen eigenartigen Rechtsnormen hier als besonderer Typus dargestellt werden. Von vornherein sei festgestellt, dass der Vizepräsident nicht, wie sein Name zu sagen scheint, stellvertretender Präsident ist. Es besteht in den Vereinigten Staaten keine Stellvertretung des Präsidenten, nach der der Vertretende im Namen des Vertretenen handelt. Der Präsident kann nicht etwa seine Funktionen delegieren, denn die Verfassung gibt ihm hierzu nicht das Recht [1]. Auch steht der Vizepräsident nicht in einem solchen Verhältnisse zum Präsidenten wie der Stellvertreter zum deutschen Reichskanzler, der zwar die Funktionen des Reichskanzlers wahrnimmt, sie aber nicht von ihm delegiert bekommt, sondern sie auf Grund der Verfassung ausübt [2]. Der Vizepräsident wird zugleich mit dem Präsidenten vom Volke gewählt.

Solange der Präsident im Amte ist, ist der Vizepräsident Vorsitzender des Senates; er ist also nicht Mitglied der Exekutive, trotzdem er in der Verfassung mit unter den Mitgliedern des

---

[1] von Holst, Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika S. 46.

[2] Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 543.

executive department aufgeführt wird. Im Senate hat er jedoch nur bei Stimmengleichheit Stimmrecht; in diesem Falle gibt er den Ausschlag. Es könnte zweifelhaft sein, ob er als Mitglied des Senates nicht Beamter, sondern Repräsentant des Volkes ist. Seine Stellung innerhalb des Senates, das fehlende Stimmrecht und der Vorsitz kraft Amtes, sprechen jedoch weniger für die Eigenschaft als Repräsentant des Volkes als für seine Aufgabe, innerhalb der Legislative lediglich eine verwaltende Tätigkeit auszuüben. Der Vizepräsident nimmt rechtlich wie politisch eine verhältnismässig unbedeutende Stellung ein; weder auf die Exekutive noch auf die Legislative steht ihm verfassungsmässig ein grosser Einfluss zu [1].

Nach Art. 2 Sekt. 1 § 5 der Verfassung sollen im Falle der Entfernung des Präsidenten vom Amte oder seines Todes, Verzichts oder seiner Unfähigkeit, die Gewalten und Pflichten dieses Amtes wahrzunehmen, dieselben auf den Vizepräsidenten übergehen. Dies gilt zunächst für eine zeitweilige Verhinderung des Präsidenten, denn die Unfähigkeit, sein Amt zu versehen, kann gehoben werden. Die Verfassung gestattet weiter, dass der Kongress durch Gesetz einen anderen Beamten bezeichnet, der im Falle der Behinderung des Vizepräsidenten für diesen eintreten soll, und bestimmt ausdrücklich, dass dieser Beamte demgemäss fungieren soll, bis die Unfähigkeit gehoben oder ein Präsident erwählt worden ist.

Beim Scheiden des Präsidenten aus seinem Amte vor Ablauf der Amtsperiode tritt der Vizepräsident jedoch an dessen Stelle und wird selbst Staatsoberhaupt und oberster Beamter der Exekutive. Hier besteht Streit [2]. Es wird behauptet, dass der Vizepräsident nur die Funktionen der Exekutivgewalt wahrnehme und dass er nur mit der Ausübung der präsidentiellen Funktionen beauftragt sei. Nach anderer Ansicht dagegen wird er in Wirklichkeit Präsident. Letzteres trifft zu. Der Vizepräsident tritt in alle Funktionen, Rechte und Pflichten des fortgefallenen Präsidenten ein. Wenn die Verfassung dem

---

[1]) Über den Fall eines Impeachment gegen den Präsidenten vgl. oben § 10 VII am Ende.

[2]) de Chambrun, Le pouvoir exécutif aux États-Unis S. 43.

Vizepräsidenten nur eine sozusagen abwartende Stellung zuweist, so wird die Absicht sein, dass beim Fortfall des Präsidenten sofort voller Ersatz in der Person des Vizepräsidenten vorhanden sein soll; es würde zwecklos sein, dann noch in der Person des nicht mehr im Amte befindlichen Präsidenten den eigentlichen Titular bis zum Ablaufe des Restes der Amtszeit anzunehmen. Zudem erhält der Vizepräsident, wenn er den Präsidenten ersetzt, sofort den Titel des Präsidenten. Der Vizepräsident kann nicht etwa mit einem Regenten verglichen werden, der in einem monarchischen Staate an die Stelle des an der Ausübung der Regierung verhinderten Monarchen tritt. Von dem Monarchen können seine Souveränitätsrechte nur der Ausübung nach übergehen, er bleibt als Träger der Souveränität neben dem Regenten bestehen; der Präsident jedoch hat nur insoweit Rechte, wie sie ihm die Verfassung ausdrücklich zuteilt. Ein Erhalten in der Präsidentenstellung trotz des Eintritts des Vizepräsidenten ist nicht vorgesehen und würde auch mit den republikanischen Grundsätzen nicht in Einklang stehen. Der Präsident fällt also fort, wenn der bisherige Vizepräsident seine Amtsfunktionen dauernd ausübt.

In den meisten nordamerikanischen Gliedstaaten[1]) steht neben dem governor ein lieutenant-governor, dessen Stellung der des Vizepräsidenten der Union nachgebildet ist. Auch er ist zunächst ex officio Präsident des Senates.

2. Von den mittel- und südamerikanischen Staaten haben „Vizepräsidenten" Nicaragua, Salvador, Cuba, Domingo, Ecuador, Brasilien, Paraguay, Uruguay und Argentinien. Bolivia, Guatemala und Peru wählen zwei; Costa Rica, Panama und Venezuela sogar drei Vizepräsidenten. In Argentinien haben die meisten Gliedstaaten Vizegobernadores. Auch diese entsprechen im wesentlichen dem nordamerikanischen Vizepräsidenten; so hat z. B. der Vizepräsident von Argentinien den Vorsitz im Senat mit beschränktem Stimmrecht (Art. 49), jedoch vertritt er nach Art. 41 Nr. 1 den Präsidenten auch in Behinderungsfällen.

---

[1]) z. B. California V 17, Colorado IV 1, Connecticut IV 13, 14, Florida VI 14, Illinois V 1, Jowa IV 3, New York III 3.

3. In denjenigen amerikanischen Republiken, die das Institut des Vizepräsidenten nicht kennen, tritt der Präsident des Senates an die Stelle des fortfallenden Präsidenten; z. B. Mexiko Art. 78. Ein Unterschied in der Rechtsstellung beider besteht nicht, da auch der Vizepräsident nur den Vorsitz im Senate hat, also allein die Bezeichnung verschieden ist.

4. Für den Fall, dass auch der Vizepräsident oder Präsident des Senates fortfällt, sind von vielen Verfassungen andere Staatsbeamte bezeichnet, die der Reihe nach an die Stelle des Präsidenten treten. Hierfür kommen in Betracht der Sprecher des Repräsentantenhauses, die Staatssekretäre und der oberste richterliche Beamte [1]. Der Vorsitz im Senat geht dann von dem Präsidenten des Senates, der an die Stelle des Staatshauptes rückt, auf den Präsidenten pro tempore [2] (designierten [3]) Präsidenten) über.

Während der Vizepräsident immerhin vom Volke im Hinblick auf den möglichen Ersatz des Präsidenten gewählt wird, nehmen diese in zweiter Linie heranzuziehenden Ersatzmänner unter den republikanischen Staatshäuptern insofern eine ausserordentliche Stellung ein, als sie nicht vom Volke oder [4]) der das Volk repräsentierenden Legislative gewählt sind, sondern ihre Stellung als Staatshaupt der Ernennung durch den fortgefallenen Präsidenten (mit Zustimmung des Senates) und dem sie zur Nachfolge berufenden Rechtssatze verdanken.

III. Diese Beschränkung der Tätigkeit des Vizepräsidenten während der Amtszeit des Präsidenten auf die Legislative findet sich nur in Amerika. Für die Darstellung der Stellvertretung in anderen Republiken schliessen sich am besten zunächst

[1]) Die durch Kongressakte vom 17. Januar 1886 (auf Grund der erwähnten Verfassungsbestimmung ergangen, die dem Kongresse die Bezeichnung des Ersatzmannes überlässt) festgestellte Reihenfolge in den Vereinigten Staaten von Amerika (Secretary of State, of the Treasury, of War, Attorney General, Postmaster General, Secretary of the Navy, of the Interior, of Agriculture) s. bei Hervieu, Les ministres S. 212, und Des Noyers, Le pouvoir exécutif aux États-Unis (Revue des Deux Mondes vom 1. Oktober 1901 S. 617).

[2]) z. B. Pennsylvania IV 14. In den Vereinigten Staaten ist ein solcher schon im Gesetze vom 1. März 1792 vorgesehen (v. Holst S. 46 Anm. 2).

[3]) Colombia Art. 125.

[4]) abgesehen vom Sprecher des Repräsentantenhauses.

die Kollegialrepubliken an. Auch hier treten an die Stelle des Staatshauptes, wenn es vor beendigter Amtszeit fortfällt, andere Staatsbeamte und führen die Amtszeit zu Ende. Die berufenen Ersatzmänner sind die Mitglieder des Kollegiums, insbesondere das dem Staatshaupte zunächst stehende Mitglied.

1. Die Schweizer Verfassungen kennen als solche dem Staatshaupte zunächststehende Mitglieder des obersten vollziehenden Rates den Vizepräsidenten der Eidgenossenschaft (Art. 98), den Vizepräsidenten des Regierungsrates in Zürich (Art. 38) und Bern (Art. 35), den Landstatthalter in Unterwalden ob dem Wald (Art. 35b) und Glarus (Art. 48), Statthalter in Zug (§ 46) und Schwyz (Art. 35), den „stillstehenden" Landammann in Appenzell Inner-Rhoden (Art. 20). Es bestehen aber keine Bestimmungen über ihre Funktionen. Man wird annehmen dürfen, dass sie ausser zu ihrer Tätigkeit als Mitglieder des Kollegiums berufen sind, den Präsidenten oder Landammann sowohl zeitweilig, wenn er verhindert ist, zu vertreten, als auch, wenn er während der einjährigen Amtsdauer fortfällt, bis zum Ende des Amtsjahres an seine Stelle zu treten; ausserdem werden sie, bei einem Wechsel im Vorsitz nach Ablauf des Amtsjahres, die Nachfolger des abtretenden Präsidenten sein [1]).

2. Von den Hansestädten hat nur Lübeck einen einzigen Bürgermeister. Aus Art. 14 Abs. 5 der Verfassung ergibt sich, dass bei einem Fortfall des Bürgermeisters vor Ablauf der Amtszeit sofort ein Nachfolger gewählt wird. Dieser wird nur für den Rest der Amtszeit gewählt, kann aber bei der nächsten Wahl wiedergewählt werden. Bei zeitweiliger Verhinderung vertritt den Bürgermeister sein Vorgänger im Amte oder ein besonders gewählter Vertreter (Art. 15).

In Hamburg wird neben dem ersten auch ein zweiter Bürgermeister gewählt (Art. 17); auch in Bremen sind stets zwei Bürgermeister vorhanden, da alle zwei Jahre ein Bürgermeister auf vier Jahre gewählt wird (§ 30). Diese zweiten Bürgermeister vertreten den Präsidenten des Senates in erster Linie (Bremen

---

[1]) Der Vizepräsident der Eidgenossenschaft rückt „nach bisherigem konstanten Usus" im folgenden Jahre an die Stelle des abtretenden Präsidenten (v. Orelli, Das Staatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft S. 34).

§ 31 Abs. 2). Wird in Bremen der Nachfolger eines während der Amtsführung fortfallenden Bürgermeisters gewählt, so läuft seine Amtszeit mit Schluss der Amtszeit seines Vorgängers oder erst nach weiteren vier Jahren ab, je nachdem sein Vorgänger in der ersten oder in der zweiten Hälfte seiner Amtszeit fortgefallen ist.

Jede im Senate erledigte Stelle muss innerhalb einer kurzen Frist wieder besetzt werden (Lübeck Art. 8), was sich schon aus der verfassungsmässig festgelegten Zahl von Senatoren (vierzehn in Lübeck, je achtzehn in Bremen und Hamburg) ergibt.

IV. In Frankreich findet im Falle des Todes oder der Abdankung des Präsidenten eine sofortige Wahl seines Nachfolgers statt (Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 3). Es wird nicht etwa wie in den übrigen Republiken die Amtszeit des Präsidenten zu Ende geführt, sondern es läuft mit der Wahl des Nachfolgers für diesen eine neue Amtsperiode mit der verfassungsmässigen Anzahl von Jahren. Während der Zeit bis zum Amtsantritte des neuen Präsidenten führt das Gesamtministerium als nächstes höheres Regierungsorgan die Geschäfte des Staatshauptes.

Im allgemeinen deutet die Festsetzung eines bestimmten Anfangstermins der Amtszeit — in Amerika ist als solcher ein Tag in der Verfassung festgesetzt, in den Kollegialrepubliken fällt die Amtszeit des Staatshauptes als solchen gewöhnlich mit dem Kalenderjahre zusammen — auf eine Fortführung der Funktionen bis zum Ablauf der Amtszeit durch einen Ersatzmann hin. Das französische Verfassungsrecht dagegen legt nur eine Amtsperiode von sieben Jahren fest, ohne Beginn und Ende an bestimmte Termine zu binden.

Dritter Abschnitt

Abweichende Konstruktionen.

§ 12. Ableitungen aus zivilrechtlichen Begriffen.

Im Verlaufe der bisherigen Erörterungen ist die staatsrechtliche Stellung der republikanischen Staatshäupter systematisch dargestellt worden. Da zu diesem Zwecke bereits zu manchen wichtigen Begriffen, besonders auch zu den Bezeichnungen als Staatsorgan, Repräsentant, Chef der Exekutive, Stellung genommen werden musste, so kann der nunmehr folgende kritische Teil um so kürzer ausfallen; er braucht nur noch einige bisher nicht besprochene Konstruktionen zu bringen.

I. Zur Erklärung der Rechtsstellung des republikanischen Staatsoberhauptes und insbesondere des die Rechtsstellung begründenden Aktes hat man vielfach auf Institute des Zivilrechts zurückgegriffen.

1. So sieht folgender Schriftsteller das Staatshaupt der Republik für einen Beauftragten des Volkes an: Hartmann[1]): „Die Gesamtheit der Staatsangehörigen . . . kann zu den einzelnen notwendig werdenden Handlungen, sofern die Anzahl der Staatsangehörigen die unmittelbare Mitwirkung sämtlicher Staatsangehörigen nicht zulässt, Bevollmächtigte beauftragen . . . . . . In Staaten, nach deren Verfassung die Souveränität in der Gesamtheit der Staatsbürger beruht, sind die höchsten Organe des Staates nur Mandatare". Einen Mandatar nennen das Staatshaupt ferner: Rivier[2]): „In den jetzigen Republiken ist die Gesamtheit der Staatsbürger souverän. Das höchste Organ . . . ist Mandatar der Gesamtheit"; Ullmann[3]): „Der Inhalt der Rechtsstellung des Präsidenten der Republik . . . ist ein abgeleiteter. Die höchsten

---

[1]) Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten, Hannover 1874, S. 60, 78.

[2]) Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart 1889, S. 242; s. a. dessen Principes du droit des gens, Paris 1896, Bd. 1 S. 423.

[3]) Völkerrecht (in Marquardsens Handbuch), Freiburg 1898, S. 85.

Organe sind hier Mandatare des souveränen Volkes, ohne selbst souverän zu sein"; v. Martens[1]): „Nur die Staaten sind Subjekte des Völkerrechts. Fürsten und Gesandte sind nur Repräsentanten oder Mandatare des Staates . . . . In der Eigenschaft zur Präsidentschaft erwählter Personen behalten sie in internationalen Verhältnissen vor allem den Charakter von Privatpersonen und gelten als Repräsentanten ihrer Nation immer nur auf Grund und innerhalb der Grenzen ihres staatsgesetzlichen Mandates". Pradier-Fodéré[2]): „L'organe suprême, de l'Etat républicain n'est que le mandataire spécial et partiel du peuple souverain".

2. Besonders französische Schriftsteller sprechen davon, dass das Verhältnis des Staatshauptes zum Staate auf Delegation beruhe. De Chambrun[3]): „Dans une république la souveraineté doit être effectivement exercée par le peuple; il faut que les assemblées, que le Président lui-même soient considérés seulement comme les délégués"; Perrin[4]): „Les agents du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire ne sont que les délégués de la souveraineté nationale . . . En somme, le Président était l'élu du peuple, quoique indirectement, et le delégué de la souveraineté nationale". Direktorialverfassung: „Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire". Lefebvre[5]): „Le président de la République doit être considéré aujourd'hui comme un délégué de la nation chargé en titre". Duguit[6]) verbindet die Begriffe Mandat, Delegation und Repräsentation: „Le président de la République auquel la nation délègue le pouvoir exécutif lui aussi est un mandataire revêtu du caractère représentatif".

3. Eine andere Reihe von Schriftstellern betont mehr, dass das Oberhaupt der Republik dauernd für das Staatsvolk handelt und kommt somit auf den Begriff der Stellvertretung.

[1]) Völkerrecht, Bd. 1 S. 8, 309.

[2]) Cours de droit diplomatique, 2. éd. Paris 1899, Bd. 1 S. 195.

[3]) Le pouvoir exécutif aux États-Unis S. 117.

[4]) De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France S. 7, 65.

[5]) Étude sur les lois constitutionelles de 1875, Paris 1882, S. 164.

[6]) L'État, les gouvernants et les agents S. 24.

Seligmann[1]) nimmt zwei Arten juristischer Stellvertretung an, die natürliche Stellvertretung, welche insbesondere für physische Personen stattfinde, und die organische Stellvertretung; er sagt: „Das Staatsoberhaupt, welches Staatsverträge abschliesst, wird als Organ des von ihm vertretenen Rechtssubjektes tätig". Rivier: „Das höchste Organ vertritt also in verfassungsmässiger Weise das souveräne Volk, ohne selbst souverän zu sein; daher ein wesentlicher Unterschied in den Wirkungen dieser Vertretung". Rüttimann[2]): „Das Volk hat Stellvertreter und Werkzeuge, die ihm durch die Verfassung gegeben sind, in seinen Aktivbürgern, Beamten und Behörden". v. Martens: „Die Präsidenten sind . . . der Verfassung republikanischer Staaten gemäss nur Vertreter der vollziehenden Gewalt". Gegen die Auffassung als Stellvertreter erklärt sich Gareis[3]): „So ist auch das Staatshaupt oder ein Beamter nicht Stellvertreter des Staates, sondern Organon; als Stellvertreter können nur gewisse Beamte aufgefasst werden, aber dann nicht als Stellvertreter des Staates, sondern des Staatshauptes".

II. Es lässt sich an und für sich nichts dagegen einwenden, Rechtsinstitute wie Auftrag, Mandat, Bevollmächtigung, Delegation und Stellvertretung, nicht nur auf das Zivilrecht zu beschränken, sondern sie daraufhin zu untersuchen, ob sie allgemein rechtliche Bedeutung haben und sie sodann auch als öffentlichrechtliche Begriffe zu verwenden.

1. Während jedoch der zivilrechtliche Auftrag, die Vollmacht, die Stellvertretung, vermöge gesetzten Rechts in allen Teilen des Rechtsverhältnisses, der Begründung, den Wirkungen, den Rechten und Pflichten beider Parteien, genau bestimmt sind, fehlt es an Rechtsnormen, die solche öffentlichrechtlichen Institute regeln, und aus den für die Stellung des Oberhauptes in der Republik bestehenden Rechtssätzen ergibt sich nicht ohne weiteres, dass das vorliegende Rechtsverhältnis als eins der bezeichneten anzusehen

---

[1]) Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, Freiburg 1890, S. 157. Über Stellvertretung und Organschaft vgl. auch die Aufsätze von Schlossmann und Preuss in Iherings Jahrbüchern Bd. 44.

[2]) Bundesstaatsrecht S. 77.

[3]) Allgemeines Staatsrecht (in Marquardsens Handbuch), Freiburg 1883, S. 35.

ist. Der Gehaltsanspruch würde z. B. nur als Anspruch auf Lohn oder Vergütung erscheinen und dies würde, ebenso wie andere Elemente, den Tatsachen und der rechtlichen Natur des behandelten Rechtsverhältnisses nicht gerecht werden; aus der Delegation und Bevollmächtigung lässt sich sogar ein Anspruch auf die Gegenleistung ohne weiteres überhaupt nicht herleiten.

2. Wie die angeführten Bezeichnungen die Rechtsstellung des republikanischen Staatsoberhauptes selbst nicht zu erschöpfen vermögen, so ist es auch zwecklos, neben dem Beamtenbegriffe noch anzunehmen, dass das Verhältnis zwischen dem Staatsoberhaupte als einem Beamten und dem Volke auf einem Auftrage, einer Bevollmächtigung oder dergleichen beruhe. Hierauf ist deshalb hinzuweisen, weil manche der zitierten Stellen keinen Anspruch auf eine genaue Bestimmung des Begriffes des republikanischen Staatshauptes machen werden, sondern vielleicht nur den grundsätzlichen Unterschied, soweit er für das Völkerrecht in Betracht kommt, zwischen dem souveränen Monarchen und dem seine Kompetenz von dem Volke herleitenden Präsidenten betonen wollen. Dies zeigt sich schon darin, dass derselbe Schriftsteller bald von Mandat, bald von Stellvertretung spricht. In der Wahl des Oberhauptes der Republik ist aber nicht ein Auftrag oder die Erteilung einer Vollmacht zu sehen. Das Staatshaupt wird vielmehr unmittelbar als Beamter kreiert, der Staatsdienst ist ein durchaus selbständiges Rechtsinstitut.

§ 13. Die Betonung öffentlichrechtlicher Momente in der Stellung.

I. Der Stellvertretung verwandt ist der Begriff der Repräsentation. Er bezeichnet die staatsrechtliche Stellvertretung, und im besonderen setzt er eine ausschliessliche und dauernde Willensbildung des Repräsentanten für das repräsentierte Ganze voraus. Der Begriff ist oben in seinem rein technischen Sinne bereits besprochen worden [1]. Er muss hier nochmals berührt werden, weil er andererseits in einem sich stark dem der Stellvertretung nähernden Sinne gebraucht wird. So wurde, um

[1]) Vgl. S. 114 ff., 121.

ein Beispiel aus der Entwicklungsgeschichte des Gedankens der modernen Volksvertretung zu geben, von Abgeordneten der Nationalversammlung in Frankfurt im Jahre 1848 geäussert: „Die Abgeordneten . . . sind nicht die Mandatare ihrer Wähler, sondern Vertreter der Nation . . . das Volkshaus soll den Willen der Nation als solcher repräsentieren . . . der Abgeordnete handelt . . . als Stellvertreter" [1]). Das republikanische Staatsoberhaupt wird entsprechend in mehr oder weniger farblosem Sinne als Repräsentant ausser in der von Jellinek eingehend begründeten und bereits erörterten Weise noch bezeichnet von Féraud-Giraud [2]): Les Présidents de République . . . comme représentants des États dont ils sont les chefs"; Ullmann [3]): „Die Tätigkeit einer Person, als Repräsentant eines Staates im Völkerverkehr zu fungieren, ist von den staatsrechtlichen Bestimmungen des betreffenden Staates über die Ausübung der Repräsentativgewalt abhängig"; v. Martens a. a. O. gebraucht Repräsentant und Vertreter gleichbedeutend: „In der Eigenschaft zur Präsidentschaft erwählter Personen . . . gelten sie als Repräsentanten ihrer Nation . . . Die Präsidenten sind nur Vertreter der vollziehenden Gewalt".

Für den Repräsentantenbegriff gilt das oben (S. 114 ff.) Gesagte; er grenzt das republikanische Staatshaupt nicht scharf genug von anderen Organen ab, denen auch Repräsentantencharakter zukommt, wie dem Parlamente.

Wie die Repräsentation so ist auch die Organschaft bereits besprochen worden, weil diese beiden Bezeichnungen für die Feststellung des Begriffes des republikanischen Staatshauptes benutzt wurden.

II. Das republikanische Staatshaupt wird sodann als Träger der Staatsgewalt bezeichnet. v. Holst [4]): „Der Träger der Exekutivgewalt soll nicht nur formell, sondern auch in Wahrheit der Präsident sein . . . . Er ist nicht der alleinige Träger der Staatsgewalt gegenüber dem Auslande, aber er

---

[1]) zitiert bei Nake, Das rechtliche Verhältnis des Volkes zu seiner Vertretung (Göttinger Dissertation 1896) S. 33.

[2]) États etc. S. 169.

[3]) Völkerrecht S. 24.

[4]) Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika S. 46, 51, 108.

allein repräsentiert sie ihm gegenüber". Auch Westerkamp[1]) erklärt den Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika für den Träger der vollziehenden Gewalt. Dieser Begriff ist ebenfalls bereits behandelt worden. Da die Eigenschaft als Träger der Staatsgewalt in der Republik der Aktivbürgerschaft zukommt, so ist der Präsident jedenfalls nicht Träger der Staatsgewalt. Er ist auch nicht Träger eines Teiles der Staatsgewalt, der Exekutive; denn wie die Staatsgewalt nur einem Subjekte, dem Staate, so steht sie auch nur einem Träger, der Aktivbürgerschaft in der Republik, zu. Die Gesamtheit der Staatsgewalt befindet sich höchstens noch in den Händen der Repräsentation der Aktivbürgerschaft, des Parlamentes; das heutige Verfassungsrecht kennt eine Übertragung der Staatsgewalt im ganzen an eine Einzelperson in der Republik nicht. Das Oberhaupt der Republik kann daher nur Ausüber der Staatsgewalt sein[2]). Wenn der nordamerikanische Präsident, etwa im Gegensatze zu dem Präsidenten der Vereinigten Staaten von Mexiko als Träger der vollziehenden Gewalt bezeichnet wird, so ist dies nur soweit richtig, als hiermit seine grundsätzliche Zuständigkeit für alle in das Gebiet der Exekutive fallenden Funktionen, wie sie sich auch in seinem Verhältnisse zu den Staatssekretären zeigt, betont werden soll, während in anderen Republiken die Präsidenten in der Vollzugsgewalt stark durch die Mitwirkung der Minister und mittelbar durch das hinter diesen stehende Parlament (Frankreich) beschränkt sind.

III. Eine andere Bezeichnung für den Ausüber der Staatsgewalt ist wohl der Begriff Agent. v. Holst (a. a. O. S. 33) gebraucht diesen Ausdruck: „Die Bundesregierung . . . ist „Agent", wie die Vertreter der Lehre von der Staatensouveränität sie im Widerspruche mit ihrer eigenen Partentheorie nennen, aber nicht, wie sie behaupten, Agent der Staaten, sondern Agent des Volkes der Vereinigten Staaten". S. a. Perrin an der oben (S. 178) angegebenen Stelle: „Les agents du pouvoir exécutif . . ."

---

[1]) Staatenbund und Bundesstaat S. 323.

[2]) Rehm, Allgemeine Staatslehre S. 183: „So kann sich das Volk, das Träger der Staatsgewalt ist, z. B. sowohl durch eine Einzelpersönlichkeit (Präsident, Diktator) wie durch ein Parlament vertreten lassen".

IV. Duguit[1]) stellt bei der Untersuchung der Rechtsstellung der republikanischen Staatshäupter ein Missverhältnis fest zwischen der Stellung, wie sie grundsätzlich sein müsste und wie sie nach positivem Verfassungsrechte in den grösseren Republiken gestaltet ist. Nach ihm ist die Staatsform dann republikanisch, wenn „le monopole de la force dans un pays appartient à une certaine classe ou à la majorité numérique des individus". Wenn diese Klasse oder Majorität die Staatsgewalt selbst ausübt, gibt es keinen republikanischen Staatschef, nur einen „commis, officier, lequel sera l'agent supérieur des volontés". Dieser haut magistrat ist aber nie chef d'État oder gouvernant. Im Anschlusse an Rousseau versteht er unter einem Staatshaupte: „l'expression de chef d'État implique l'idée d'un individu qui est investi, en vertu de sa situation sociale d'un pouvoir propre, d'une puissance de fait". Richtigerweise habe daher die französische Verfassung vom Jahre 1793 nicht eine Einzelperson, sondern ein conseil exécutif an die Spitze der neuen Republik gestellt. Zwar sei es möglich, dass das schweizerische System (Bundes- bzw. Regierungsrat) in einem grossen Lande nicht durchführbar sei, es sei aber das einzige logische System, das sich mit dem republikanischen Prinzip vertrage. Daher seien auch die Versuche, in Frankreich einen republikanischen Staatschef zu schaffen, gescheitert. Duguit bespricht sodann (S. 320ff.) diese Versuche. Die Nachbildung des Präsidenten von 1848 nach dem konstitutionellen Könige, des „pseudo-monarque constitutionel", nennt er eine totgeborene Einrichtung; das Gesetz vom 13. März 1873, durch das Mac Mahon „un véritable chef d'État, un représentant de la souveraineté nationale pour le pouvoir exécutif" wurde, bezeichnet er als bizarr, während das Gesetz vom 31. August 1871 als logisch seine Anerkennung findet, da nach diesem Thiers ist „point un gouvernant, mais simplement . . . l'agent exécutif supérieur, un agent supérieur de la hiérarchie exécutive responsable, auquel, par déférence pour sa personne, on a donné le nom de président de la république".

Natürlich billigt er von diesem theoretischen Standpunkte

[1]) L'État, les gouvernants et les agents S. 316ff.

aus auch nicht die heutige Gestaltung der Präsidentschaft in Frankreich. Er sieht in dem Präsidenten einen Wahlkönig, „un roi sans couronne et sans force, qui disparaîtra tôt ou tard, comme tout organe inutile, . . . une institution décorative, un symbole qui plaît au peuple“ (S. 328), für den kein Platz in einer auf dem Prinzipe der Volkssouveränität aufgebauten parlamentarischen Republik vorhanden sei. Das parlamentarische Regime erfordere ein Zusammenwirken von Parlament und Staatshaupt; beide müssten mindesten gleich mächtig sein, was unmöglich sei, wenn das Staatshaupt vom Parlamente gewählt werde: il sera forcément le prisonnier des chambres (S. 327). Im Hinblick auf das positive Recht jedoch sagt er von dem französischen Präsidenten: il n'est pas un simple agent administratif, supérieur, il est un gouvernant, un représentant collaborant avec le parlement aux diverses fonctions étatiques (S. 329, 330, 331). Dies folgert er auch daraus, dass der Präsident nicht vom Parlamente, sondern von der Nationalversammlung gewählt wird. Da aber nicht wie in Nordamerika Parlament und Kreationsorgan verschieden sind, so fehlt dieser Unterscheidung jedenfalls die politische Bedeutung.

Wie nach Duguit das französische Grundgesetz aus dem Präsidenten einen monarque parlamentaire, so hätten die amerikanischen Verfassungen aus ihm einen roi constitutionnel machen wollen, was Duguit ebenso unlogisch und der Grundidee jeder Republik widerstreitend findet (S. 347), wenn auch der Präsident der Vereinigten Staaten heute „assurément l'organe essentiel de la vie politique américaine“ sei (S. 353).

Diesen Ausführungen ist hauptsächlich entgegenzuhalten, dass sie zwar die politische Stellung der republikanischen Staatshäupter nach früheren und jetzigen Verfassungen zum Vergleiche bringen, nicht aber einen befriedigenden rechtlichen Begriff geben. Die wiedergegebene Darstellung Duguits baut sich übrigens auf so eigenartigen rechtlichen Voraussetzungen auf, dass eine Auseinandersetzung mit ihnen schwierig ist[1]). Nach ihm setzen die „gouvernants“ allgemeine Rechtsnormen und

---

[1]) s. a. Labands Besprechung im Archiv für öffentliches Recht 1903 Bd. 18 S. 89.

schaffen das objektive Recht, ohne selbst ein subjektives Recht zu besitzen, vielmehr ihre Stellung lediglich auf die positive Macht stützend. Die „agents“ dagegen werden unter der Kontrolle und der Autorität der regierenden Gewalt im Gebiete des subjektiven Rechtes tätig [1]). Mit diesen Schlagworten ist aber der Begriff des Oberhauptes in der Republik nicht gefunden. Wenn Duguit grundsätzlich als höchstes Exekutivorgan der Republik einen agent kennt, dagegen von dem Präsidenten der Verfassung von 1875 sagt „il n'est pas un simple agent . . ., il est un gouvernant . . . .“, so führt er dagegen später (S. 369) aus, dass der Präsident mit seinem Ministerium trotz seines Charakters als gouvernant oft als simple agent étatique handele, also beides sei: il est en même temps gouvernant et agent administratif; und zwar wird nach seiner Meinung der Präsident, wenn er im Gebiete des objektiven Rechts handelt, als gouvernant tätig, im Zusammenwirken mit dem Parlamente; wenn dagegen im Gebiete des subjektiven Rechts, so handelt er allein ohne das Parlament als einfacher agent.

Diese Feststellung deckt sich in gewisser Weise mit den Ergebnissen unserer Ausführungen. Auch wir fanden zwei Elemente des Begriffes des republikanischen Staatshauptes, die Eigenschaft als Staatsvorstand und als oberster Verwaltungsbeamter, und entsprechend zwei Seiten der Kompetenz des Staatshauptes, seine Funktionen als Staatsvorstand und als Hauptexekutivorgan. Da nicht alle legislativen Rechte als spezifische dem Staatsvorstande zukommende Rechte aufgefasst wurden, kann auch der gouvernant im Sinne Duguits (Regierender, Leiter, Innehaber der Staatsgewalt?) nicht genau dem Staatsvorstande und der agent (Ausüber der Staatsgewalt, Beamter) nicht dem beamteten Hauptexekutivorgane entsprechen. Im obigen systematischen Teile (vgl. z. B. S. 118) sind nun die zwei Seiten des Begriffes und der Funktion des Staatshauptes in der Republik als Elemente nachgewiesen worden, die zusammen erst eine richtige Auffassung von Begriff und Funktion ergeben, in die jedoch nicht Begriff oder Funktion auseinandergerissen werden dürfen. Ebenso kann auch die Rechtsstellung des

[1]) S. 361, 362, 367.

republikanischen Staatshauptes durch die Begriffe gouvernant oder agent getrennt nicht bestimmt werden; das Ergebnis würden nur politische Ausführungen sein, wie sie oben nach Duguit wiedergegeben wurden und wie sie den rechtlichen Verhältnissen nach der einen oder der anderen Seite hin Gewalt antun müssen. Ein blosses Nebeneinanderstellen solcher Begriffe, zu dem sich Duguit schliesslich gezwungen sieht, führt gleichfalls nicht zum Ziel, sondern nur zu dem Stossseufzer: cet organe hybride qu'est le président de la république![1])

Ein Zwitterbegriff ist aber das republikanische Staatshaupt nicht. Ein solches Urteil — soweit es überhaupt auch auf die rechtliche nicht nur die politische Stellung gehen will — verkennt die Daseinsberechtigung eines Rechtsbegriffes und Rechtsinstitutes wie des Oberhauptes in der Republik, die festzustellen mindestens ebenso zulässig ist als sie an bislang gleich wenig untersuchten, aber noch nicht einmal anerkannten Begriffen zu messen.

V. Am wenigsten werden unserer Aufgabe Sätze gerecht, die das republikanische Staatshaupt für einen Herrscher erklären[2]). Sie treffen nicht einmal die Hauptfrage, die Frage nach der rechtlichen Natur des zwischen dem Staatshaupte und dem Staate bestehenden Verhältnisses. Der Unterschied zwischen Monarchie und Republik sowie den beiderseitigen Staatshäuptern ist bereits (S. 58) dargelegt worden. Der Monarch ist als Träger der Staatsgewalt eine Person „mit ausnahmsweiser, höherer Rechtsfähigkeit“[3]). Er wirkt an der Feststellung der Verfassung selbst mit, während der republikanische Präsident seine Rechtsstellung erst von der Verfassung empfängt. Die Bezeichnung als Herrscher kann höchstens dann zugelassen werden, wenn sie den Zweck hat, den Präsidenten als eine mit besonderen Vorrechten und monarchenähnlichen Funktionen ausgestattete Einzelperson hinzustellen, wie für diese Eigenschaft oben der Begriff Staatsvorstandschaft gebraucht ist. Die Bezeichnung als König oder als Herrscher, wenn hierunter

[1]) Duguit S. 372.

[2]) Saint Girons, Manuel S. 346.

[3]) Affolter in den Annalen 1903 S. 162; Bernatzik in Grünhuts Zeitschrift 1899, Bd. 26 S. 310.

wie wohl überall nur ein monarchisches Staatshaupt verstanden wird, ist abzulehnen.

VI. Dass der Begriff des Herrschers als Bezeichnung für das republikanische Staatshaupt praktischen Wert haben kann, zeigt Art. 55 der Verfassungsurkunde für den preussischen Staat, nach dem der König von Preussen ohne Zustimmung der beider Kammern nicht Herrscher fremder Reiche sein kann. In der Literatur des preussischen Staatsrechtes, wo über den Artikel mancher Zweifel herrscht[1], besteht Einstimmigkeit darüber, dass unter den fremden Reichen grössere nichtdeutsche Staaten zu verstehen sind; da Art. 55 an die Stelle der früheren Fassung „Herrscher eines anderen Staates" getreten ist, so erscheint heute nur noch eine Personalunion mit einem ausserdeutschen, nicht dagegen mehr mit einem deutschen Staate für unzulässig. Die Frage, ob unter den Reichen nur Monarchien oder auch Republiken zu verstehen seien, so dass Herrscher etwa gleichbedeutend mit Staatsoberhaupt wäre, findet sich nicht beantwortet, soweit man nicht schon in der Auffassung der betreffenden Verbindung als einer Personalunion, unter der wohl allgemein die gleichzeitige Beherrschung zweier Staaten durch einen Monarchen verstanden wird, die Antwort sehen will. Wenn auch der Herrscherbegriff an sich ziemlich weit und nichtssagend ist — es lässt sich ja schliesslich jede mit grosser Macht begabte und sie ausübende Einzelperson darunter fassen —, so versteht doch der Sprachgebrauch unter dem Herrscher nur den Monarchen, den Träger der Staatsgewalt[2]. Die herangezogene preussische Verfassungsbestimmung wollte also ohne Zweifel nur die Thron-

---

[1]) v. Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preussen, Freiburg und Leipzig 1894, S. 37; Bornhak, Preussisches Staatsrecht, Bd. 1 S. 133; v. Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 5. Aufl. v. Zorn, Leipzig 1899, Bd. 1 S. 216, 207; Schwartz (Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat) und besonders Arndt zu Art. 55, auch v. Frisch, Thronverzicht S. 93.

[2]) s. a. v. Martitz, Die Monarchie als Staatsform S. 28: „gegenüber dem republikanischen hat das monarchische Staatshaupt das unterscheidende Merkmal in der Herrscherstellung . . . Der König ist Herrscher und erst diese Eigenschaft bildet die Grundlage seiner sich als Regierung zusammenfassenden Organfunktionen".

folge des preussischen Königs in grösseren nichtdeutschen Monarchien verhindern; sie wird die Wahl zum Oberhaupte einer Republik als ausserhalb des Bereiches jeder Möglichkeit liegend angesehen haben.

Die Frage, ob ein Souverän der persönliche Untertan eines anderen Souveräns sein kann, wird von Rivier[1]) bejaht mit der Bemerkung, dass hieraus nicht etwa die Abhängigkeit seines Staates von dem des anderen folge. Da nun in der Republik das Gesamtvolk Träger der Staatsgewalt, „Souverän" ist, so ist die analoge Frage berechtigt, ob ein Souverän Oberhaupt einer Republik werden, also sich in rechtliche Abhängigkeit eines anderen Volkes begeben kann.

Grundsätzliche rechtliche Bedenken bestehen m. E. nicht. Die Souveränität, die Trägerschaft der Staatsgewalt, ist eine Eigenschaft, die zunächst nur für den eigenen Staat von Bedeutung ist; monarchische und republikanische Staatshäupter unterscheiden sich danach, ob sie in Hinblick auf ihren Staat Träger der Staatsgewalt sind oder nicht. Auch im völkerrechtlichen Verkehre ist diese Eigenschaft, abgesehen von den im Zeremoniell sich zeigenden Unterschieden, grundsätzlich ohne Wert. Die Staatshäupter, auch die Souveräne, sind keine völkerrechtliche Personen im eigentlichen Sinne[2]), sondern lediglich Organe, wenn auch oberste Vertreter, ihrer Staaten. Wenn nun ein Monarch in einer Republik zum Oberhaupte gewählt oder ein republikanisches Staatshaupt zur Thronfolge berufen wird, so berührt dies weder den monarchischen noch den republikanischen anderen Staat. Der Mangel bzw. das Vorhandensein der Souveränität in dem einen Staate ist für die entgegengesetzte Eigenschaft in dem anderen Staatswesen ohne Belang. Wie eine Personalunion die inneren Verhältnisse zweier Monarchien nicht berührt und auch in auswärtigen Beziehungen

[1]) Principes du droit des gens, Paris 1896, Bd. 1 S. 419. Die Frage wurde praktisch, als der Herzog von Edinburg den Thron des Herzogtums Sachsen Koburg-Gotha bestieg (Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts für Studium und Praxis, 3. Auflage von Fauchille, übersetzt von Grah, Berlin 1904, S. 345 Anm. 1).

[2]) v. Liszt, Völkerrecht, 4. Aufl. 1906 S. 40 f., 113 ff. Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 344/5.

ihre Eigenexistenz nicht antastet, so ist auch eine Personalunion zwischen Monarchie und Republik oder zwischen zwei Republiken grundsätzlich möglich. Positivrechtlich steht der Wahl eines Monarchen oder eines anderen fremden Staatshauptes zum Oberhaupte einer Republik nur entgegen, dass, wie oben (S. 68) gezeigt, verfassungsmässig zu der Qualifikation Zugehörigkeit zu dem betreffenden Staatswesen und sogar längere Ansässigkeit verlangt wird.

Im übrigen bestehen natürlich wesentliche politische Bedenken. Diese sind für die Aufstellung des Art. 55 der preussischen Verfassungsurkunde ausschliesslich massgebend gewesen, wie sich daraus ergibt, dass nur die Personalunion mit ausserdeutschen Monarchien verhindert werden soll.

VII. Ein Vergleich zwischen dem Monarchen und dem Präsidenten als allgemeinen Begriffen, wie er bei den besprochenen Bezeichnungen des republikanischen Staatschefs nahe liegt, kann eine Reihe von Einzelheiten feststellen, bezüglich deren die Rechtsstellung beider Staatshäupter gleichgeordnet ist. Die Stellung gegenüber der Legislative bis auf das dem Monarchen zukommende Recht auf positiven Anteil an dem Gesetzgebungswerke, die Unabhängigkeit der Richter der Exekutive gegenüber, die einzelnen Funktionen wie Oberbefehl über das Heer, die Publikation und Vollziehung der Gesetze, der völkerrechtliche Verkehr, alles dies weist gemeinsame Züge auf[1]). Es scheint oft näher zu liegen, einen Monarchen mit dem Präsidenten einer der grösseren Republiken zu vergleichen, als, wie es hier geschehen ist, die republikanischen Staatshäupter unter einander. Ein Vergleich zwischen einem monarchischen und republikanischen Staatshaupte kann jedoch nicht in die Tiefe dringen; er muss sich notwendig auf die Aufzählung äusserer Ähnlichkeiten beschränken, denn die Grundlage der Rechtsstellung beider ist durchaus verschieden[2]).

---

[1]) Ausserdem vgl. noch Gierke, Johannes Althusius, S. 35: „In keiner Monarchie fehlen demokratische Elemente, während umgekehrt jede Polyarchie in irgend einer einheitlichen Zuspitzung das monarchische Element aufweist".

[2]) Der nordamerikanische Präsident ist verschiedentlich mit anderen Staatshäuptern verglichen worden; so mit dem französischen Könige von

Schluss

§ 14. Die völkerrechtliche Stellung der republikanischen Staatsoberhäupter.

I. Die völkerrechtliche Stellung des Staatshauptes einer Republik ist ein Reflex seiner innerstaatlichen Stellung, sie muss dieselbe rechtliche Grundlage wie diese haben, insbesondere sind die beiden Elemente dieses Begriffes, Beamteneigenschaft und Staatsvorstandschaft, festzuhalten. Hierzu tritt noch der heute allgemein anerkannte Satz des Völkerrechts, dass die Subjekte des völkerrechtlichen Verkehrs nur die Staaten sind. Wie aber auch in einer Monarchie die den Staat repräsentierende Einzelperson als Subjekt des Völkerrechts angesehen worden ist, so ist ebenfalls das republikanische Staatshaupt in dieser Hinsicht wie ein Monarch behandelt worden, wozu die vielen beiden Staatshäuptern gemeinsamen äusseren Attribute ihrer völkerrechtlichen Stellung leicht verführen. Obwohl im Völkerrechte die Staaten als solche Krieg führen, Frieden schliessen, Verträge vereinbaren, durch die sie berechtigt und verpflichtet werden, so tritt, ebenso wie in konstitutionellen Monarchien der Monarch trotz der grundsätzlichen Rechte der Volksvertretung, das republikanische Staatshaupt mehr als im innerstaatlichen Leben hervor. Es stehen ihm auf diesem Gebiete verhältnismässig mehr Befugnisse zu, es hat eine freiere Hand, seine Stellung ist ersichtlich bis in die Einzelheiten der eines souveränen Monarchen angenähert. Fr. v. Martens[1]) meint, dass theoretisch wegen der Gleichheit der Staaten auch Monarchen und Präsidenten gleich seien; er führt aber weiter an, dass „praktisch dies ohne zureichenden Rechtsgrund durchgeführt sei, da die Präsidenten nur Vertreter der vollziehenden Gewalt, nicht der Staatshoheit im ganzen seien". Die Republik

Tocqueville (De la démocratie en Amérique, Bd. 1 S. 197), mit dem englischen Könige und dem Governor von New York im Federalist Kap. 69, und mit dem deutschen Kaiser von Steinbach (Die rechtliche Stellung usw.).

[1]) Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1 S. 309.

ist in völkerrechtlicher Beziehung in gewisser Weise, wie man gesagt hat, „eine in Windeln gewickelte Monarchie". Es sind manche Attribute, die konsequenterweise nach dem rechtlichen Unterschiede zwischen Monarchen und Präsidenten und nach dem Masse von Befugnissen, das im inneren staatlichen Leben dem Hauptexekutivorgan und Staatsvorstand zugewiesen ist, dem Oberhaupte der Republik versagt sein sollten, ihm kraft positiver Verfassungsbestimmung oder nach völkerrechtlichem Brauche beigelegt. Es zeigt sich die Tendenz, die Staatsleitung in die Hand einer Einzelperson zu legen, besonders ausgeprägt. Die eigentlichen massgebenden republikanischen staatsrechtlichen Faktoren, die Kammern, treten dabei zurück. Der Grund ist offensichtlich bei einem Vergleiche zwischen Verhandlungen, die Parlamente und solchen, die zwei Staatshäupter oder die nur nach deren Anweisungen sich richtenden diplomatischen Agenten führen [1]. Im Gebiete des Völkerrechts ist es grundsätzlich gleichgültig, welches der Titel und die Rechtsstellung der an der Spitze des Staates stehenden Persönlichkeit sind [2]. Fremde Regierungen können und müssen sich nur an die Person oder die Personen halten, denen die oberste Leitung der internationalen Beziehungen des Staates obliegt; auf deren Legitimation oder ein Mitwirkungsrecht des Parlamentes kommt es zunächst nicht an [3].

II. In völkerrechtlicher Beziehung wird das Oberhaupt der Republik infolgedessen allgemein als Repräsentant seines Staates bezeichnet; man spricht von dem jus repraesentationis

---

[1]) Blumenthal, Die politischen Einrichtungen der Vereinigten Staaten von Amerika (Union und Imperium), Berlin 1904, S. 52: „Die Macht des Präsidenten der Vereinigten Staaten beruht hauptsächlich in der Bedeutung der auswärtigen Angelegenheiten. Treffend ist daher der Ausspruch Tocquevilles: c'est principalement dans ces rapports avec les étrangers que le pouvoir exécutif d'une nation trouve l'occasion de déployer de l'habileté et de la force".

[2]) Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 345; Heilborn, Völkerrecht in Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie Bd. 2 S. 1000; Liszt, Völkerrecht (2. Aufl.) S. 105.

[3]) Geffcken im Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Holtzendorff, Hamburg 1887, Bd. 3 S. 619.

omnimodo[1]). Dies ist richtig, insofern das Staatshaupt nicht, wie innerhalb des Staates hauptsächlich nur die Exekutive vertritt[2]). Denn wenn der Präsident Krieg erklärt, Gesandte empfängt oder im Interesse der Republik Besuche mit anderen Staatshäuptern austauscht, so kann dies nicht als eine Tätigkeit der Vollzugsgewalt bezeichnet werden. Es zeigt sich hier noch deutlicher wie in der Organisation der Republik selbst, dass das Oberhaupt nicht schlechthin das Haupt der Exekutive ist, sondern dass es besondere Funktionen als Staatsvorstand wahrnimmt. Im übrigen ist jedoch mit der Bezeichnung als Repräsentant des Staates nicht viel gewonnen, da auch andere Personen oder Personengemeinschaften im Völkerrechte den Staat repräsentieren. Es ist also genauer zu bestimmen: das republikanische Staatshaupt ist Repräsentant seines Staates innerhalb der ihm durch die Verfassung seines Staates sowie durch völkerrechtlichen Brauch gezogenen Grenzen. Diese Beschränkung muss der allgemeinen Bezeichnung als Repräsentant des Staates ebenso beigefügt werden, wie andererseits die Bezeichnung als Repräsentant der Exekutive zu eng ist. Beim Abschlusse von Verträgen repräsentiert der Präsident die Republik, aber nur bei den Verhandlungen zwischen den Staaten; er repräsentiert nicht soweit, dass er auch bindend für den Staat abschliessen kann.

An einschlägigen Verfassungsbestimmungen seien angeführt Art. 102 Z. 8 der Schweizer Bundesverfassung: „Der Bundesrat wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt", und Art. 22 der Hamburgischen Verfassung: „Der Senat vertritt den Staat in seinem Verhältnis zum Deutschen Reiche und zum Auslande".

Zu solchen, im einzelnen nicht aufzählbaren Funktionen

---

[1]) Gareis, Institutionen des Völkerrechts, 2. Aufl., Giessen 1901, S. 103; F. v. Martens, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1 S. 310.

[2]) Nach Heffter (Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8. Ausg. bearb. von Geffcken, Berlin 1888, S. 124) ist der Präsident nicht Vertreter der Staatshoheit im ganzen, sondern nur der exekutiven Gewalt, so dass er deshalb nicht die unbeschränkte Vertretung habe.

gehört z. B. die Anerkennung neuer Staaten und Staatsregierungen, die durch Vermittlung der Oberhäupter erfolgt [1]).

III. Das völkerrechtliche Institut der Exterritorialität steht in engem Zusammenhange mit der Frage, wie weit das Staatshaupt den Staat repräsentiert.

Unter Exterritorialität versteht man „die völkerrechtliche Exemption gewisser Personen und damit in Verbindung stehender Sachen von der Staatsgewalt in demjenigen Territorium, in dem sie sich befinden“ [2]). Dies Institut wurde zunächst geschaffen, um den Verkehr zwischen Staaten durch Gesandte zu ermöglichen und zu sichern. Da die Staatshäupter in früheren Zeiten während des Friedens meist ihr Land nicht verliessen, hat sich das Prinzip der Exterritorialität bei ihnen erst später ausgebildet. In der Hauptsache sind die für die Immunität der Gesandten bestehenden Grundsätze übertragen worden, wenigstens wird im heutigen Völkerrechte die Exterritorialität der Staatshäupter und der Gesandten meist gleich behandelt [3]). Auf die Frage nach der rechtlichen Begründung der Exterritorialität, ob sie eine Fiktion ist oder ob sie aus der Eigenschaft der Unabhängigkeit des einen Staates und somit seiner Organe von fremder Staatsgewalt zu erklären ist oder ob sie, was das Zutreffende zu sein scheint, ein durch völkerrechtlichen Brauch im Interesse des Verkehrs gewährtes Vorrecht ist, ist hier nicht näher einzugehen; ebensowenig darauf, ob die Gesandten oder die Staatshäupter den Staat in höherem Masse repräsentieren und daher grössere Exterritorialitätsrechte haben.

Wichtiger ist die Streitfrage, ob den republikanischen Staatshäuptern dieselbe Exterritorialität wie den Monarchen zuzubilligen ist. Von der Erwägung ausgehend, dass nach völkerrechtlichem Grundsatze alle Staaten gleich sind und somit auch ihren repräsentierenden Oberhäuptern dasselbe Mass an Rechten gebührt, kommt man zu einer Bejahung der Frage. Wenn jedoch betont wird, dass die völkerrechtliche

[1]) Moore, A digest of international law §§ 28 ff., 49 ff., 100 (Bd. 1).

[2]) Heffter, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8. Ausgabe bearbeitet von Geffcken, S. 102.

[3]) Pietri, Étude critique sur la fiction d'exterritorialité, Paris 1895, S. 220, 222.

Stellung nur ein Reflex der innerstaatlichen Stellung ist und dass ein rechtlicher Unterschied zwischen Monarchen und Präsidenten besteht, so wird die Frage verneint werden. Dass das republikanische Staatshaupt überhaupt keine Exterritorialität besitze, findet sich nirgends behauptet. Es wird aber ausgeführt, dass ihm dies Recht nur insoweit zuzubilligen sei, als das Staatshaupt als Chef der Exekutive handele, eine offizielle Reise unternehme oder soweit es überhaupt als diplomatischer Agent auftrete. Zorn[1]) ist der Ansicht, dass der Aufenthaltsstaat republikanischen Staatshäuptern gegenüber nicht in demselben Masse wie gegenüber Monarchen auf die Geltendmachung der Staatsgewalt verzichte. Heyking[2]) erkennt an, dass der Präsident ebenso wie ein Monarch dann die Vorrechte der Exterritorialität geniesse, wenn er im Auslande weile, um dort diplomatische Funktionen auszuüben. Er bestreitet aber, dass er, anders als ein souveräner Monarch, hierüber hinaus allgemein als Staatschef exterritorial sei. Ebenso Loening[3]): „Die Exterritorialität der Souveräne . . . kommt nicht zu den Präsidenten der Republiken, wie neuerdings mehrfach angenommen wird. Sie sind nicht Inhaber der Staatsgewalt, sondern die obersten Beamten des Staats. Halten sie sich in amtlicher Eigenschaft im Auslande auf, wie etwa der Präsident der französischen Republik auf seinen Reisen nach Russland, so kommen ihm nach einer berechtigten Analogie die Vorrechte der Gesandten zu".

Weshalb es berechtigt sein soll, die republikanischen Staatshäupter hier wie Gesandte dagegen nicht wie monarchische

---

[1]) Artikel „Exterritorialität" in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts Bd. 1 S. 171/2.

[2]) L'exterritorialité, Berlin 1889, S. 122, 123.

[3]) Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne (in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Halle für Hermann Fitting, Halle 1903, S. 169—331) S. 145 Anm. 1. Vgl. auch Rivier, Principes du droit des gens, Paris 1896, Bd. 1 S. 424; Stoerk in Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts Bd. 2 S. 654 ff.; F. v. Martens, Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1 S. 314 ff.; Ullmann, Völkerrecht, Freiburg 1898, S. 88. Strisower in dem ausführlichen, besonders auch die zivilrechtliche Exterritorialität berücksichtigenden Artikel „Exterritorialität" (in dem Österreichischen Staatswörterbuche, herausg. von Mischler und Ulbrich, Wien 1895, Bd. 1 S. 448) hält die Frage für zweifelhaft.

Staatshäupter zu behandeln, ist nicht einzusehen. Die Präsidenten sind keine Monarchen, sie sind aber auch keine Gesandten. Von jenen unterscheiden sie sich als Staatsbeamte, von diesen jedoch durch ihre Eigenschaft als besonders qualifizierte Beamte, als Staatsvorstand. Der republikanische Staatschef reist nicht als Gesandter seines Landes, er verhandelt nicht als Diplomat; ihm werden vielmehr Ehrenrechte erwiesen, die denen eines Monarchen analog sind. Das ihm übertragene Recht, die völkerrechtlichen Verträge bis zur Genehmigung durch die Legislative vorzubereiten, unterscheidet sich durchaus von den den einzelnen Diplomaten erteilten Aufträgen zum mehr oder minder selbständigen Unterhandeln. Das republikanische Staatshaupt ist grundsätzlich exterritorial, da es Staatsvorstand ist. Die Eigenschaft als Staatsoberhaupt besteht während der ganzen Dauer des Amtes; es ist nicht in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Präsident in amtlicher Eigenschaft handelt [1]). Zutreffend weist v. Liszt [2]) auf die praktische Unhaltbarkeit der dies verlangenden Theorie hin.

Voraussetzungen der Exterritorialität sind, dass sie von der Territorialobrigkeit anerkannt ist, dass der Eintritt in das Gebiet nicht ausdrücklich verboten ist, dass nicht Krieg besteht und dass der Exterritoriale nicht inkognito reist [3]).

Der Inhalt der Exterritorialität, die einzelnen Immunitäten, sind die persönliche Unantastbarkeit, die Exemtion von der Gerichtsbarkeit des Aufenthaltsstaates, das Verbot gegen den Willen des Exterritorialen dessen Wohnung zu betreten, die Befreiung von Abgaben und der ungehemmte Verkehr mit dem eigenen Staate. Dagegen besteht keine eigene Gerichtsbarkeit über das Gefolge, da dies nicht mit den Grundgesetzen des Heimatstaates in Einklang stehen würde [4]).

---

[1]) s. a. Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 348 Anm. 3. Vgl. Stoerk in Holtzendorffs Handbuch Bd. 2 S. 659: „Der dauernde amtliche Charakter des Monarchen kann jederzeit wirksam werden".

[2]) Das Völkerrecht systematisch dargestellt, 3. Auflage, Berlin 1904, S. 112; s. a. Gareis, Institutionen des Völkerrechts S. 104 Anm. 4.

[3]) v. Martens, Völkerrecht Bd. 1 S. 314.

[4]) v. Liszt S. 114, 115; über die Immunitäten vgl. auch im einzelnen Pietri S. 228 ff. und v. Martens, Völkerrecht Bd. 1 S. 315.

IV. Die besondere Eigenschaft als Staatshaupt zeigt sich vornehmlich in dem Verkehre mit Repräsentanten fremder Staaten sowie in den ihm bei diesen Gelegenheiten zukommenden Ehren (Ehrenrechten). Es mag dahingestellt bleiben, ob sie rechtliche Bedeutung haben oder nicht[1]), jedenfalls sind sie für die Stellung des republikanischen Staatshauptes bezeichnend und integrierender Bestandteil völkerrechtlicher Darstellung.

Soweit das republikanische Staatshaupt staatsrechtlich Titel und Prädikat hat, kommen ihm diese natürlich auch im völkerrechtlichen Verkehre zu.

Im übrigen wird bezüglich der Ehrenrechte trotz des Grundsatzes der Gleichheit der Staaten ein Unterschied gemacht zwischen Staaten, die königliche Ehren geniessen und solchen, die sie nicht geniessen. Zu ersteren sind nicht etwa nur Monarchien zu rechnen, sondern es werden königliche Ehren[2]) auch den bedeutenderen Republiken, wie Frankreich, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, zugestanden. Ob auch Republiken wie Mexiko und Argentinien sie geniessen, ist streitig[3]). Früher wurde den gekrönten Häuptern der Vorrang vor den Präsidenten eingeräumt; dies geschieht nicht mehr[4]). Staaten mit königlichem Rang sind solche Staaten, deren Häupter den Titel Kaiser oder König führen oder Republiken von gleicher völkerrechtlicher Bedeutung. Die königlichen Ehren bestehen in dem höheren Rang andern Staaten gegenüber, die diese nicht haben, in dem ausschliesslichen Rechte, Gesandte ersten Ranges, Botschafter, zu senden, sowie für Monarchen in dem Gebrauche der Anrede als Bruder. Der völkerrechtliche Satz, dass jeder Staat eine seiner Bedeutung angemessene Bezeichnung, der der Titel des Oberhauptes entspricht, annehmen darf, hat

---

[1]) Pietri S. 224 leugnet es.

[2]) Pradier-Fodéré, Cours de droit diplomatique, 2. édit., Paris 1899, Bd. 1 S. 60: „on appelle honneurs royaux des honneurs conventionnels considérés traditionellement comme les plus distingués qui puissent être rendus à un État".

[3]) Pradier-Fodéré S. 60, 61; Rivier, Principes du droit des gens, Bd. 1 S. 128.

[4]) Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 348.

für Republiken geringe Wichtigkeit, da in der Bezeichnung als Republik, Staat, Freistaat, nichts liegt, das, wie die Bezeichnung als Königreich einem Fürstentume gegenüber, Anspruch auf besondere Bedeutung und königlichen Rang macht oder einen grösseren Gebietsumfang vermuten lässt. Auch die bestimmten Staatswesen eigentümlichen Bezeichnungen als Kanton, Freie Stadt, Provinz, deuten nicht unbedingt auf Staaten zweiten Ranges hin, abgesehen davon, dass es Freistaaten mit dem Titel Republik gibt, die eine geringere Bedeutung als diese Staatswesen haben. Die Titel der Staatshäupter, Präsident, Landammann, Bürgermeister, fordern unter sich zu keinem Vergleiche heraus[1]).

Ausser den Oberhäuptern von Republiken, die verfassungsmässig ein Prädikat haben, wird oft auch Präsidenten anderer Republiken das Prädikat Exzellenz im völkerrechtlichen Verkehre beigelegt; jedoch ist der Gebrauch schwankend[2]). Insbesondere erhält der Bundespräsident der Eidgenossenschaft dies Prädikat im diplomatischen Verkehr[3]).

Die republikanischen Verfassungen gestehen selbst, wie wir gesehen haben, den Oberhäuptern im Verhältnis zu Monarchen nur ein verhältnismässig geringes Mass von Ehrenrechten zu. Es wird sogar gesucht, in Betonung demokratischer Grundsätze, alles zu verhindern, was äusserlich die Stellung des Staatschefs mit monarchischem Glanze umgeben könnte. Hierher gehört die Bestimmung der Vereinigten Staaten von Amerika (Art. 1 Sekt. 9), nach der jeder Bundesbeamte, also auch der Präsident und Vizepräsident, nur mit Zustimmung des Kongresses von auswärtigen Staatshäuptern Geschenke, Titel, Amt und andere Vorteile annehmen darf, wodurch[4]) Höflichkeitsbezeugungen, wie sie zwischen Staatshäuptern üblich sind, dem Präsidenten der Vereinigten Staaten gegenüber fast unmöglich gemacht sind.

---

[1]) Prädikate, die den Republiken als solchen zukommen, bestehen nicht mehr (Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 347: „Durchlauchtigste Republiken Genua, Venedig, Polen"; Pradier-Fodéré Bd. 1 S. 89: „la République sérénissime de Venise").

[2]) Vgl. Pradier-Fodéré Bd. 1 S. 89.

[3]) v. Orelli, Das Staatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft S. 35.

[4]) Steinbach, Die rechtliche Stellung usw. S. 56.

Besondere Förmlichkeiten bestehen bezüglich des schriftlichen Verkehrs zwischen den Staatshäuptern [1]). Republikanische Staatschefs sprechen nicht wie die Monarchen von sich in der ersten Person der Mehrzahl. Ebensowenig werden von ihnen oder ihnen gegenüber Verwandtschaftsbezeichnungen, Bruder, Vetter oder dergl. angewendet, wie dies bei Monarchen üblich ist. Republikanische und monarchische Staatsoberhäupter reden sich gegenseitig als „sehr lieber, guter oder grosser Freund, grand et bon ami und très cher et grand ami" an. Unter sich werden Oberhäupter der Republiken derartige zeremonielle Anreden vermeiden und einen geschäftsmässigeren Ton vorziehen. Grundsätzlich beschränkt sich der Inhalt von Mitteilungen auf Tatsachen von unmittelbarem politischen Interesse. So werden die Thronbesteigung des Monarchen und die Wahl des republikanischen Staatshauptes amtlich angezeigt, wobei auch regelmässig der Wunsch nach einer Fortdauer der freundschaftlichen Beziehungen beider Staaten versichert wird [2]). Doch finden sich Fälle, dass Familienereignisse in monarchischen Häusern den Präsidenten offiziell mitgeteilt sind [3]). Gerade auf diesem Gebiete der persönlichen Ehrenrechte völkerrechtlicher Natur werden Fragen oft derart durch die Politik beeinflusst, dass man nicht von feststehenden Rechtssätzen sprechen kann. Ähnlich ist die Frage, ob der Gemahlin des Präsidenten besondere Ehrenrechte zukommen, zurzeit als zweifelhaft zu bezeichnen. Im allgemeinen finden natürlich die Grundsätze monarchischer Staaten nicht Anwendung, ebensowenig wie die Souveräne grundsätzlich den republikanischen Präsidenten als gleichgestelltes Staatshaupt behandeln [4]). Jedoch lässt sich in neuerer Zeit (Besuche

[1]) Pradier-Fodéré Bd. 1 S. 143, 144; Rivier, Lehrbuch des Völkerrechts (2. Aufl.) S. 318. Geffcken in Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts Bd. 3 S. 668 ff.; Ullmann, Völkerrecht S. 88 Anm. 3.

[2]) Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 345. Nach Heilborn (Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896, S. 140) ist die Notifikation und Aktnahme von dem Regierungsantritte die einzige Formalität, die sich ausschliesslich auf die Stellung des Oberhauptes selbst und nicht auf eine Handlung des Staates bezieht, ohne auch bloss internationale Courtoisie zu sein.

[3]) Pradier-Fodéré Bd. 1 S. 153, 162.

[4]) Rivier, Principes du droit des gens Bd. 1 S. 424, Bd. 2 S. 5.

des Zaren, des Königs von Italien und des Königs von Dänemark in Paris) ein anderer, die Gleichstellung anbahnender Standpunkt beobachten [1]). Die Höfe legen übrigens beim Tode republikanischer Staatshäupter und umgekehrt diese beim Tode von Monarchen keine Trauer an [2]).

V. Es sind hauptsächlich drei Gebiete, in denen dem Oberhaupte der Republik in völkerrechtlicher Beziehung, ausser dem in den erwähnten Formen vor sich gehenden weniger amtlichen Verkehre zwischen den obersten Vertretern der Staaten, die Repräsentation des Staates in weitgehendem Umfange übertragen ist; dies sind das Gesandtschaftsrecht, der Abschluss von Staatsverträgen und das Kriegsrecht. In den Kollegialrepubliken tritt der Präsident nicht in demselben Masse wie in den Republiken, die eine Einzelperson an die Spitze gestellt haben, vor den übrigen Mitgliedern der Regierung hervor [3]). Wenn auch die heutigen zivilisierten Staaten und erst recht die Repuliken in der Repräsentation des Volkes einen wichtigen Faktor des öffentlichen Lebens sehen, so hat doch die Tradition [4]), nach der das souveräne Staatshaupt die militärischen und auswärtigen Geschäfte leitet, auch für das republikanische Staatshaupt ihre Kraft nicht verloren.

Was zunächst das Gesandtschaftsrecht [5]) anbetrifft, so hat das republikanische Staatshaupt verfassungsmässig die Funktion, fremde Gesandte zu empfangen. In Frankreich (Gesetz vom 25. Februar 1875 Art. 3 Abs. 5) sind die Botschafter und Gesandten fremder Mächte bei dem Präsidenten akkreditiert. Die eigenen Gesandten werden als Beamte grundsätzlich vom Staatshaupte ernannt, doch ist dies Recht meist ausdrücklich in den Verfassungen erwähnt; der Staatschef ist aber bei der Bestellung dieser wichtigen Organe an die Mit-

---

[1]) Die Zeitschrift „Juristenwelt“ (Herausgeber Paul Posener) Band IV (1907) S. 44 bemerkt: Bisher war die Frau des französischen Präsidenten Privatperson; nun aber ist es ihr gelungen, bei den Empfängen des norwegischen Königspaares und des Königs der Belgier offiziell mitzuwirken.

[2]) Pradier-Fodéré Bd. 1 S. 172.

[3]) Vgl. Heilborn in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 2 S. 1000.

[4]) Geffcken in Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts Bd. 3 S. 669.

[5]) Geffcken S. 624/5. Für die Hansestädte vgl. allgemein Curt Riess, Auswärtige Hoheitsrechte der deutschen Einzelstaaten (11. Heft der Abhandlung aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von Brie und Fleischmann 1905).

wirkung anderer Faktoren gebunden. Die Verfassung der Vereinigten Staaten z. B. verlangt die Zustimmung des Kongresses (Art. 2 Sekt. 2 § 2)[1]). Die Beglaubigungs- und Abberufungsschreiben, wenigstens die der Gesandten höheren Ranges, der Botschafter, werden vom Staatshaupte ausgestellt und an das Oberhaupt des Empfangsstaates gerichtet[2]). In der Eidgenossenschaft werden die „eidgenössischen Repräsentanten", die Gesandten von dem Bundesrate als der präsumptiven Wahlbehörde (vgl. Art. 102 Z. 6 und 85 Z. 4), nicht wie früher von der Bundesversammlung ernannt[3]). In den Hansestädten ernennt und instruiert der Senat die Gesandten und sonstigen diplomatischen Agenten. Die republikanischen Gesandten werden jedoch nicht, wie Gesandte monarchischer Staaten, zugleich als persönliche Repräsentanten des Staatshauptes aufgefasst, wenn auch im gesandtschaftlichen Verkehre die Person des Präsidenten mehr als die Verfassungen vorsehen können in den Vordergrund tritt.

VI. Aus praktischen Erwägungen ergibt sich die Forderung, für den Abschluss von Staatsverträgen der Exekutivbehörde weitgehende Vollmacht zu geben. Regelmässig führt die Spitze der Republik die Verhandlungen mit anderen Staaten, schliesst Verträge ab und ratifiziert. Wichtige Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Mitwirkung der Legislative[4]).

Ein Staatsvertrag kommt danach meist in der Weise zustande, dass die zur Vertretung im auswärtigen Verkehre legitimierten Staatshäupter durch ihre Organe Vorverhandlungen führen lassen, dann die Genehmigung der Volksvertretung einholen und nun den Vertrag durch die Ratifikation zu einem beide Teile bindendem machen. Die Ratifikation ist ein notwendiges und unerlässliches Erfordernis; sie kann nicht erzwungen werden, wenn auch das abschliessende Staatshaupt verpflichtet ist, die zu ihr erforderliche Genehmigung der Legislative herbeizuführen[5]).

---

[1]) Moore, A digest of international law, § 632 (Bd. 4 S. 450, 451); s. a. oben S. 156.

[2]) Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 363; Geffcken S. 670.

[3]) Schollenberger, Bundesverfassung S. 505/6.

[4]) v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1 S. 557, hat Bedenken gegen die Genehmigung der völkerrechtlichen Verträge durch das Parlament, die Regierung müsse frei sein.

[5]) Vgl. hierzu Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts S. 433, 435, 436;

Der Präsident der Vereinigten Staaten schliesst überhaupt Verträge nur mit dem Rate und der Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit des Senates ab (Art. 2 Sekt. 2 § 2)[1]).

Für den französischen Präsidenten sind im Art. 8 des Gesetzes vom 16. Juli 1875 Vorschriften gegeben. Er gibt von den von ihm geführten Vorverhandlungen den Kammern Kenntnis, sobald es das Interesse und die Sicherheit des Staates gestatten. Friedens- und Handelsverträge sowie Verträge, die die Finanzen, das Staatsgebiet und die Rechtsverhältnisse der Staatsangehörigen im Auslande betreffen, müssen, ehe sie definitiv sind und vom Präsidenten ratifiziert werden, von den Kammern angenommen sein.

In der Eidgenossenschaft dagegen gehören Bündnisse und Verträge mit dem Auslande zu der Zuständigkeit der Bundesversammlung (Art. 85 Nr. 5). Nationalrat und Ständerat stimmen jeder durch besonderen Beschluss zu. Der Bundesrat dagegen schliesst die Verträge ab und erklärt sie als von der Bundesversammlung angenommen; „zu Urkund dessen“ erfolgt unter Unterschrift des Bundespräsidenten und des eidgenössischen Kanzlers die Ratifikation[2]).

In den Hansestädten[3]) schliesst in Hamburg der Senat die Staatsverträge, hat aber vor Ratifikation derselben die Zustimmung der Bürgerschaft einzuholen (Art. 22); nach Art. 61 beruht die Gesetzgebung auf dem übereinstimmenden Beschlusse des Senates und der Bürgerschaft, nach Art. 62 ist aber Gegenstand der Gesetzgebung u. a. die Ratifikation von Staatsverträgen. In den beiden anderen Hansestädten da-

---

Gessner in Holtzendorffs Handbuch Bd. 3 S. 15, Geffcken daselbst S. 620 Anm. 2. Zu der Frage, wann ein Staatsvertrag gültig abgeschlossen ist, vgl. die ausführlichen Erörterungen von Heilborn, Das System des Völkerrechts S. 144 ff., auch v. Liszt S. 175.

[1]) Vgl. hierüber Wharton, A digest of the international law of the United States, 2. ed., Washington 1887, Bd. 2 S. 10 (§ 131); Moore, A digest of international law, §§ 735 ff. (Bd. 5); Gessner in Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts Bd. 3 S. 51 ff.

[2]) Gessner in Holtzendorffs Handbuch Bd. 3 S. 60, 61; Heilborn, System des Völkerrechts S. 145, 146.

[3]) Gessner in Holtzendorffs Handbuch Bd. 3 S. 43; Alfons Riess, Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften bei Staatsverträgen 1904 S. 45 f.

gegen wirkt die Bürgerschaft nur mit, wenn dies verfassungsmässig bestimmt ist; dem Senate ist also der selbständige Abschluss einer Reihe von, allerdings weniger wichtigen, Staatsverträgen überlassen. In Lübeck (Art. 50 IX) wirkt die Bürgerschaft bei Verträgen mit, die den Handel, die Schiffahrt oder Gegenstände betreffen, welche der Mitgenehmigung der Bürgerschaft unterliegen [1]). Nach § 57 f der Bremischen Verfassung erfolgt die Vollziehung der Staatsverträge durch den Senat im Namen des Staates [2]).

VII. Das Recht Krieg zu erklären steht zwar nach verschiedenen Verfassungen dem Staatshaupte zu; denn in diesem Punkte treffen sich die Repräsentationshoheit und die Militärhoheit [3]). Doch ist die Beschränkung gegeben, dass die Zustimmung der Legislative vorher eingeholt werden muss (französisches Gesetz vom 16. Juli 1875 Art. 9). In den Vereinigten Staaten von Amerika (Art. 1 Sekt. 8) sowie in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Art. 85 Nr. 6) ist dies Recht der Legislative, dem Kongresse bzw. der Bundesversammlung, übertragen.

Wie im Bundesstaate das republikanische Staatshaupt sich als das einigende und zentralisierende Organ den verschiedenen Bundesgliedern gegenüber erweist, so hat es auch im völkerrechtlichen Verkehre für den Staat, dem es angehört, eine wichtige Bedeutung. Staaten, die im Weltverkehre eine massgebende aktive Stellung einzunehmen suchen, können auf ein politisch und rechtlich selbständig gestelltes Staatshaupt nicht verzichten, mögen dessen Funktionen bewusst oder unbewusst, der geschriebenen Verfassung entsprechend oder über sie hinaus

---

[1]) Eine Besonderheit für Lübeck vgl. Alfons Riess S. 48.

[2]) Verträge, mit Republiken geschlossen, s. bei Fleischmann, Völkerrechtsquellen S. 81, 89 (. . . der König von Italien und der Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft), S. 111 (. . . und der Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika), S. 168 (. . le gouvernement de la République Française); viele Beispiele in dem Recueil manuel et pratique de traités et conventions, herausg. von Martens und Cussy, in zweiter Folge von F. H. Geffcken, Leipzig 1846—88.

[3]) Gareis, Institutionen des Völkerrechts S. 226.

durch die Anforderungen der Praxis fortentwickelt[1]), denen eines Monarchen ähnlich sein. Es lässt sich aus der geschichtlichen Entwicklung zu der Frage nach der Staatsform der Zukunft[2]) wohl die Folgerung ziehen, dass weniger der Unterschied von Monarchie und Republik in den Vordergrund treten wird, als dass der moderne Staatstypus kaum mehr eine einzelpersönliche Staatsvorstandschaft wird entbehren können[3]). Es wird vielleicht in Zukunft eine grössere Ähnlichkeit zwischen der konstitutionellen Monarchie und der modernen Präsidentschaftsrepublik (nach amerikanischem oder französisch-parlamentarischen Typus) sich aufweisen lassen als zwischen letzterer und der Kollegialrepublik[4]). Eine kollegiale Spitze lässt sich in einer Republik nur bei besonderen politischen und geschichtlich gegebenen Verhältnissen begründen. Ihre Gestaltung ist daher, wo sie heute besteht, komplizierter als die Übertragung der Exekutive an eine Einzelperson; ausserdem entfernen sich die Schweizer Kollegialrepubliken von dem Typus derjenigen Staaten, die eine Einzelperson an der Spitze haben, noch dadurch, dass wichtige Befugnisse der beaufsichtigenden und vollziehenden Gewalt nicht den eigentlichen Exekutivbehörden, sondern den legislativen Körperschaften zustehen[5]). Für manche in der Entstehung begriffenen

---

[1]) v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. 1 S. 559: „Verfassungen werden erhalten durch ihre Übereinstimmung mit den allgemeinen Ansichten und Bedürfnissen, nicht aber durch ihre eigenen Bestimmungen"; s. a. v. Piloty, Autorität und Staatsgewalt, im Jahrbuche der Int. Vereinig. f. vergl. Rechtswiss. Bd. 6, 7 S. 567, 576.

[2]) v. Mohl a. a. O. S. 491 meint, dass die repräsentative Demokratie wahrscheinlich eine grosse Zukunft habe, besonders in den neu gesittigten und bevölkerten Weltteilen; dann werde sich auch die ausübende Gewalt weiterentwickeln.

[3]) Nach Jellinek (Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. S. 604) kommt die Anerkennung der Bedeutung der Regierung „fast instinktiv" dadurch zum Ausdruck, dass ihr oberstes Organ in jedem Staate, auch der demokratischen Republik, Staatshaupt heisse.

[4]) Gareis (Institutionen des Völkerrechts S. 101) teilt die Staatsformen ein in Ein- und Mehrherrschaften, Monokratien und Pleonokratien, je nachdem das Staatsoberhaupt eine physische oder eine Kollektivperson sei; doch wird hier Staatsoberhaupt gleichbedeutend mit Souverän, Träger der Staatsgewalt, sein.

[5]) v. Orelli, Das Staatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft S. 37.

Staatswesen, wie den Commonwealth of Australia[1]) und Canada, kann also die künftige Staatsform ebensowenig zweifelhaft sein wie sie es für die überhaupt in neuerer Zeit entstandenen Kulturstaaten gewesen ist: der Staat wird an seine Spitze eine Einzelperson als Staatshaupt setzen, unbeschadet des rechtlichen Unterschiedes zwischen einem monarchischen und republikanischen Oberhaupte. Wird dann ferner eine Entwicklung des Staatslebens dahin gehen, dass die Grenzen des Völker- und Staatsrechts wie bisher bei der Entstehung der jetzigen Bundesstaaten sich verwischen und das Staatshaupt, das republikanische so gut wie das monarchische, weiter Gelegenheit hat, sich als „agent d'unification et de centralisation"[2]) zu bewähren oder sonstwie im Innern des Staates und nach aussen hin seinen Einfluss geltend zu machen, so wird sich in gewisser Weise auch noch für die Gegenwart das dieser Abhandlung vorangestellte Wort Montesquieus bewahrheiten mit der Modifikation, dass zwar nicht mehr der Wille eines Mannes einen Staat schaffen wird, wohl aber, dass der in einer Einzelperson verkörperte, mit möglichster Selbständigkeit ausgestattete Staatswille für die ja von jedem Staate erstrebte Idealstaatsform notwendig ist, mag dann auch das Staatshaupt „formé par l'institution", nicht nur ein soziales, sondern auch ein rechtliches Produkt des Staatsganzen, ein vom Volke gewähltes und ihm verantwortliches republikanisches Staatsoberhaupt sein.

---

[1]) Vgl. dessen staatsähnliche Organisation bei Doerkes-Boppard, Verfassungsgeschichte der Australischen Kolonien und des Commonwealth of Australia, München und Berlin 1903, S. 216, 217, 256 ff., 331 ff. und ferner hierzu S. 286, 297. Sodann Kohler, Das Commonwealth von Australien und seine rechtliche Gestaltung, in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, Bd. 1, Breslau 1906/7 (Provinzstaaten mit Eigenregierung).

[2]) Duguit, L'État, les gouvernants et les agents S. 354.

I. Literatur

Die Zusammenstellung bringt nur die wichtigeren Schriften, besonders soweit sie in der Abhandlung wiederholt (und dann nicht mit dem vollen Titel) genannt oder zwar benutzt sind, aber nicht an einer bestimmten Stelle erwähnt werden konnten.

Affolter, A., Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts, Stuttgart 1892.

— Studien zum Staatsbegriffe, siehe Archiv.

— Staat und Recht, siehe Annalen etc.

Annalen des Deutschen Reiches, hrsg. von Hirth und Seydel, jetzt von Eheberg und Dyroff, München.

Affolter, A., Staat und Recht, Versuche über allgemeines Staatsrecht, 1903.

Arndt, Über Anfang, Unterbrechung und Schluss der Legislaturperioden oder: comment le pouvoir exécutif arrête le pouvoir législatif? 1903.

Rehm, Hermann, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, 1884.

Rosenberg, Werner, Staat, Souveränität und Bundesstaat, 1905.

Rosin, Heinrich, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, 1883.

Anschütz, Gerhard, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechtes nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901.

— Deutsches Staatsrecht, siehe Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie.

Archiv für öffentliches Recht, hrsg. von Laband, Otto Mayer und Stoerk, Freiburg.

Affolter, A., Studien zum Staatsbegriffe, Bd. 17, 1902.

Bernatzik, Edmund, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, Bd. 5, 1890 (auch Sonderabdruck).

Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage, Bd. 3, 1883.

— Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, Bd. 18, 1903.

Arndt, Über Anfang, Unterbrechung und Schluss der Legislaturperioden, siehe Annalen.

Bancroft, George, History of the formation of the constitution of the United States of America, 2 vols, London 1882.

Bard, Alphonse, et Robiquet, Paul, La constitution française de 1875 étudiée dans ses rapports avec les constitutions étrangères, 2. édit., Paris 1878.

Batbie, A, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 2. édit., tome I—IX, Paris 1885—94.

Bernatzik, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, siehe Archiv.

— Republik und Monarchie, Freiburg 1892.

Binding, K., Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke hrsg., Heft X: Verfassungsurkunden für die freien und Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg, Leipzig 1897.

Blumenthal, Hans, Die politischen Einrichtungen der Vereinigten Staaten von Amerika (Union und Imperium), Berlin 1904.

Blumer, J. J., Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts, 2. Ausgabe hrsg. von J. Morel, 3 Bde., Schaffhausen 1877, Basel 1880/87.

Bluntschli, J. C., Artikel „Republik und republikanische Ideen" im Deutschen Staatswörterbuche, hrsg. von Bluntschli und Brater, Stuttgart und Leipzig 1864, Bd. 8.

— Lehre vom modernen Staat, 5. Aufl., 2 Bde., Stuttgart. 1. Teil: Allgemeine Staatslehre 1875; 2. Teil: Allgemeines Staatsrecht 1876.

Bollmann, Joh., Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht, Bremen 1904.

Bompard, Le veto du Président de la République et la sanction royale, Paris 1906.

Bonfils, Henry, Lehrbuch des Völkerrechts, 3. Aufl. durchgesehen von P. Fauchille, übersetzt von A. Grah, Berlin 1904.

Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896.

Bosc, Henri, Les droits législatifs du président des États-Unis d'Amérique, Paris 1906.

Boutmy, E., Études de droit constitutionnel (France-Angleterre-États-Unis), Paris 1885.

Brie, Siegfried, Die gegenwärtige Verfassung Frankreichs, in der Festschrift für Gneist, Breslau 1888.

— Artikel „Staatsminister", siehe Stengels Wörterbuch.

Bryce, James, The American Commonwealth, 2 vols; 2. edit., London and New York 1889; 3. edit., London and Washington 1893/95.

Calvo, Charles, Le droit international théorique et pratique, 5. édit., tome I—VI, Paris 1896.

Carranza, Arturo B., Constitución nacional y constituciones provinciales vigentes, Buenos Aires 1898.

Chambrun, Ad. de, Le pouvoir exécutif aux États-Unis, 2. édit., Paris 1896.

Claparède, Arthur de, La constitution et les lois constitutionnelles de la République et Canton de Genève, Genève 1888.

Cleveland, Grover, Presidential problems, London and New York 1904.

Vte Combes de Lestrade, Droit politique contemporain, Paris 1900.

Combothecra, X. S., La conception juridique de l'État, Paris 1899.
Constitución politica de la República de Chile, Santiago de Chile 1888.
Constitution of the Republic of Colombia with an historical introduction, translated by Bernard Moses, Philadelphia 1893.
Cooley, Thomas M., Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union, 4. edit., Boston 1878.
— The general principles of constitutional law in the United States of America, Boston 1880.
Dareste, F. R. et P., Les constitutions modernes, recueil des constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé, 2. éd., vol. I—II, Paris 1891.
Des Noyers, Le pouvoir exécutif aux États-Unis, siehe Revue.
Dubs, J., Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 1878.
Duguit, Léon, L'État, les gouvernants et les agents, Paris 1903 (Études de droit public II).
— et Monnier, H., Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, Paris 1898.
Dupriez, L., Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, tome I—II, Paris 1892/93.
Esmein, A., Éléments de droit constitutionnel, Paris 1896.
Federalist, siehe Hamilton.
Fisk, Stimmrecht und Einzelstaat, siehe Jellinek-Meyer.
Fleischmann, Max, Der Weg der Gesetzgebung in Preussen (Abhandl. a. d. Staats- und Verwaltungsrecht, hrsg. von Brie, Heft 1), Breslau 1898.
— Völkerrechtsquellen, Halle 1905.
Folleville, Daniel de, De la promulgation et de l'application des lois et des décrets, Douai et Paris 1876.
Foster, Roger, Commentaries on the constitution of the United States, vol. I, London 1896.
Frankfurter Zeitung, Geschichte der . . . 1856—1906, hrsg. vom Verlag der Frankfurter Zeitung, Frankfurt a. M. 1906.
Freeman, Edward A., Presidential government, in: Historical essays, 2. edit., London 1872.
Frisch, Hans v., Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate, Berlin 1904.
— Der Thronverzicht, Tübingen 1906.
Gareis, Allgemeines Staatsrecht, siehe Marquardsen.
— Institutionen des Völkerrechts, Giessen 1901.
Geffcken siehe Holtzendorffs Handbuch.
Gerber, C. F. v., Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig 1880.
Gessner, siehe Holtzendorffs Handbuch.

Gonzalez, Florentino, Lecciones de derecho constitucional, 3. ed., Paris u. Mexiko 1879.

Haenel, Albert, Studien zum deutschen Staatsrechte, Teil II, Leipzig 1880.

— Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, Leipzig 1892.

Hamilton, Madison and Jay, The Federalist, or the new constitution written in the year 1788, Hallowell 1837. Französische Ausgabe: Le Fédéraliste ou collection de quelques écrits . . . publiés par Hamilton, Madison et Gay, Paris 1792.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften, hrsg. von Conrad, Elster, Lexis und Loening, 2. Aufl., Jena.

Loening, Edgar, Art. „Staat", Bd. 6, 1901.

Mischler, Art. „Zivilliste", Bd. 3, 1900.

Harseim, Art. „Amt" und „Beamte", siehe Stengels Wörterbuch.

Hartmann, Adolph, Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten, Hannover 1874.

Heffter, Aug. Wilh., Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8. Ausgabe bearb. von Geffcken, Berlin 1888.

Heilborn, Paul, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896.

— Das Völkerrecht, siehe Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie.

Hélie, Faustin-Adolphe, Les constitutions de la France, avec un commentaire, tome I—II, Paris 1875—79.

Hervieu, Henri, Les ministres, leur rôle et leurs attributions dans les différents États organisés, Paris 1893.

Heyking, Baron Alphonse de, L'exterritorialité, Berlin 1889.

Holst, H. v., Verfassung und Demokratie der Vereinigten Staaten von Amerika, Düsseldorf und New York 1873, Teil I Abt. 1. Von da an unter dem Titel: Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten von Amerika seit der Administration Jacksons, 4 Bde., Berlin 1878—91.

— Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten, siehe Marquardsen.

Holtzendorff, Franz v., Handbuch des Völkerrechts, 4 Bde., Berlin 1885 und Hamburg 1887.

Stoerk, Staatsuntertanen und Fremde, Bd. 2 S. 583 ff.

Gessner, Die Staatsverträge im Allgemeinen, Bd. 3 S. 1 ff.

Geffcken, Das Gesandtschaftsrecht und die diplomatischen Verkehrsformen, Bd. 3 S. 603 ff.

Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. hrsg. von Kohler, Leipzig und Berlin 1904, Bd. 2:

Anschütz, Gerhard, Deutsches Staatsrecht.

Heilborn, Das Völkerrecht.

Hübler, Bernhard, Die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs und die Exterritorialität, Berlin 1895.

— Die Organisation der Verwaltung in Preussen (alte Lande) und im Deutschen Reich, Berlin 1898.

Huneeus, Jorje, La constitución ante el congreso o sea comentario positivo de la constitución Chilena, 2 Bde., Santiago 1879/80.

Janvier, Louis Joseph, Les constitutions d'Haiti (1801—1885), Paris 1886.
Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
— Das Recht des modernen Staates, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905.
— Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906.
Jellinek, Georg, und Meyer, Georg, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Leipzig 1896 ff.
Fisk, Otis Harrison, Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika (Bd. 1 Heft 4).
Schmidt, Bruno, Der Staat (Bd. 1 Heft 6).
Kaiser, Simon, und Strickler, Joh., Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart, gesammelt und dargestellt, Bern 1901.
Kempin, Emily, Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1892.
Kent, James, Commentaries on American law, vol. 1, 11. edit., by George F. Comstock, Boston 1867.
Klügmann, Das Staatsrecht d Freien u. Hansestadt Lübeck, s. Marquardsen.
Laveleye, Émile de, Le gouvernement dans la démocratie, 2. édit., tome I—II, Paris 1892.
Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik, siehe Marquardsen.
Lefebvre, Charles, Étude sur les lois constitutionnelles de 1875, Paris 1882.
Le Fur, Louis, und Posener, Paul, Bundesstaat und Staatenbund, Bd. 1, Breslau 1902.
Lingg, Emil, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890
Liszt, Franz v., Das Völkerrecht systematisch dargestellt, 3. Aufl., Berlin 1904.
Loening, Edgar, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.
— Art. „Staat", siehe Handwörterbuch.
— Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne, in der Festgabe der jur. Fakultät Halle für Hermann Fitting, Halle 1903.
Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Freiburg.
Gareis, Karl, Allgemeines Staatsrecht, 1883.
Holst, H. v., Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1885.
Klügmann, K., Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Lübeck, 1884.
Lebon, André, Das Staatsrecht der französischen Republik, 1886.
Orelli, Alois v., Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1885.
Sievers, H., Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Bremen, 1884.
Ullmann, Völkerrecht, 1898.

Wolffson, J., Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Hamburg. 1884.

Martens, Friedrich v., Völkerrecht, das internationale Recht der zivilisierten Nationen, deutsche Ausgabe von Carl Bergbohm, 2 Bde., Berlin 1883.

Martitz, Ferd. v., Die Monarchie als Staatsform, Berlin 1903.

Marx, Leopold, Die gerichtlichen Exemtionen der Staaten, Staatshäupter und Gesandten im Ausland, Mannheim 1895.

Mason, Edward Campbell, The veto power, its origin, development and function in the government of the United States, edited by Albert Bushnell Hart, Boston 1890.

Matter, Paul, La dissolution des assemblées parlementaires, Paris 1898.

Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, siehe Archiv.
— Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886.
— Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895/96.
— Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, siehe Archiv.

Melle, Werner v., Das Hamburgische Staatsrecht, Hamburg und Leipzig 1891.

Meyer, Georg, Artikel „Behörden", siehe Stengels Wörterbuch.
— Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl. bearb. von Gerhard Anschütz, Leipzig 1905.

Mischler, Artikel „Zivilliste", siehe Handwörterbuch.

Mohl, R. v., Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 3. Bde., Tübingen 1860.

Montesquieu, Oeuvres, nouvelle édition, vol. I—VIII, aux Deux-Ponts 1784.

Moore, A digest of international law, 8 vols, Washington 1906.

Neumann, Leopold, Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts, Wien 1877.

Noailles, Duc de, Le centenaire d'une constitution, siehe Revue.

Orban, O., Le droit constitutionnel de la Belgique, tome I: introduction et theories fondamentales, Liège-Paris 1906.

Orelli, Alois v., Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, siehe Marquardsen.

Passow, Richard, Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland, Tübingen 1904.

Perrin, Francisque, De la responsabilité pénale du chef de l'État et des ministres en France, Paris 1900.

Pietri, François, Étude critique sur la fiction d'exterritorialité, Paris 1895.

Piloty, R. v., Autorität und Staatsgewalt, im Jahrbuche der Internationalen Vereinigung f. vergl. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Bd. 6, Berlin 1903.

Pistorius, Theodor, Die Staatsgerichtshöfe und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem deutschem Staatsrecht, Tübingen 1891.

Poelitz, C. H. L., Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789, 3 Bde., Leipzig 1832/33.

Pomeroy, John N., An introduction to the constitutional law of the United States, 3. edit., New York 1875.

Poore, Ben. Perley, The federal and state constitutions, colonial charters

and other organic laws of the United States, compiled under an order of the United States senate, 2 vols, Washington 1877.

Pradier-Fodéré, P., Cours de droit diplomatique, 2. édit., tome I—II, Paris 1899.

Preuss, Hugo, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889.
— Das städtische Amtsrecht in Preussen, Berlin 1902.

Raiga, Le pouvoir réglementaire du Président de la République, Paris 1900.

Rehm, Hermann, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, siehe Annalen.
— Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899.

Revue des Deux Mondes.
Des Noyers, Le pouvoir exécutif aux États-Unis 1901.
Noailles, Duc de, Le centenaire d'une constitution 1899.

Rivier, Alphons, Lehrbuch des Völkerrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1899.
— Principes du droit des gens, tome I—II, Paris 1896.

Rosenberg, Staat, Souveränität und Bundesstaat, siehe Annalen.

Rosin, Heinrich, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Auch in den Annalen 1883.

Rossi, Luigi, Die neuere Literatur des Verfassungsrechts bei den romanischen Völkern, übers. von Seydel, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1895 und 1897.

Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, 2 Bde., Zürich 1867—76.

Saint Girons, A., Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris 1881.
— Manuel de droit constitutionnel, 2. édit., Paris 1885.

Salis, L. R. v., Schweizerisches Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, im Auftrage des Schweizerischen Bundesrates bearbeitet, 2. Aufl., Bern 1903.

Sammlung enthaltend die Bundesverfassung und die in Kraft bestehenden Kantonsverfassungen, mit den bis 15. August 1891 vorgekommenen Abänderungen, im Auftrage des Schweiz. Bundesrates und der Bundeskanzlei hrsg., Bern 1891. Dazu Supplemente I—X, 1891—1905.

Samuely, Adolf, Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit in der konstitutionellen Monarchie, Berlin 1869.

Schlief, Eugen, Die Verfassung der nordamerikanischen Union, Leipzig 1880.

Schmidt, Bruno, Der Staat, siehe Jellinek-Meyer.

Schmidt, Richard, Allgemeine Staatslehre, 2 Bde., Leipzig 1901 03.

Schollenberger, J., Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizerischen Kantone. Bd. 1: Das Staatsrecht, Zürich 1900.
— Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlin 1902.
— Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905.

Scott, John, The republic as a form of government or the evolution of democracy in America, London 1890.

Seelig, Geert, Hamburgisches Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage, Hamburg 1902

14*

Seidler, Gust., Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905.
Seligmann, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, Freiburg 1890.
Seydel, Max, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873.
— Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg und Leipzig 1893.
Sievers, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Bremen, siehe Marquardsen.
Sieyès, Politische Schriften vollständig gesammelt von dem deutschen Übersetzer, 2 Bde., 1796.
Snell, Ludwig, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts Bd. 1, Zürich 1839.
Stein, Lorenz, Die Verwaltungslehre, Teil 1: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, Stuttgart 1865.
— Art. „Verwaltung", siehe Stengels Wörterbuch.
Steinbach, Rudolph, Die rechtliche Stellung des deutschen Kaisers, verglichen mit der des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika, Leipzig 1903.
Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Freiburg 1890.
Brie, Siegfried, Artikel „Staatsminister, Staatsministerium", Bd. 2.
Harseim, Artikel „Amt" und „Beamte", Bd. 1.
Meyer, Georg, Artikel „Behörden, Behördenorganisation", Bd. 1.
Stein, Lorenz v., Art. „Verwaltung", Bd. 2.
Stoerk, Felix, Handbuch der Deutschen Verfassungen, Leipzig 1884.
— siehe auch Holtzendorffs Handbuch.
Story, Joseph, Commentaries on the constitution of the United States, 4. edit. by Thomas M. Cooley, 2 vols, Boston 1873.
Tocqueville, Alexis de, De la démocratie en Amérique, 8. édit., tome I—IV, Paris 1840.
Ullmann, Völkerrecht, siehe Marquardsen.
Ulrich, Konrad, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken, Zürich 1904.
Vincent, John Martin, State and federal government in Switzerland, Baltimore 1891.
Westerkamp, J. B., Staatenbund und Bundesstaat, Untersuchungen über die Praxis und das Recht der modernen Bünde, Leipzig 1892.
Wolffson, Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Hamburg, siehe Marquardsen.
Young, James, Der Staatsdienst in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten als Bundesstaaten, Halle 1896.

II. Quellenregister

Verzeichnis der in der Abhandlung besprochenen und zitierten Artikel der jetzt geltenden Verfassungsgesetze und Verordnungen.
Die Zahlen links vom Querstrich gehen, wenn nicht anders bemerkt, auf die Verfassungsurkunden; die Zahlen rechts vom Querstrich geben die Seiten, zugefügte kleine Zahlen die Anmerkungen an.

Die deutschen Republiken.

Frankreich.

Schweiz.

Vereinigte Staaten von Amerika.

Mittel- und südamerikanische Republiken.

Argentinien:

Brasilien:

Chile:

Haiti:

Kolumbien:

Mexiko:

Peru:

III. Sachregister

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

Die einzelnen Republiken sind meist nur nach ihrer Erwähnung im § 2 und nach ihrer Verfassungsurkunde aufgeführt; wegen der sonstigen Rechtsverhältnisse und im besonderen der Funktionen des Staatshauptes sind die einzelnen Materien zu vergleichen (s. a. das Quellenregister).

rp. St. = republikanisches Staatsoberhaupt.

A

F

G

Q

R

T

W

Buchdruckerei Maretzke & Martin, Trebnitz i. Schl.

Der sogenannte Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten

von

Dr. Georg Gravenhorst

Abhandlungen

aus dem

Staats- und Verwaltungsrecht

mit Einschluss des Kolonialrechts

Herausgegeben von

D. Dr. Siegfried Brie
ord. Professor an der Universität Breslau

Dr. Max Fleischmann
Privatdozent an der Universität Halle

---

15. Heft

Der sogenannte Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten

von

Dr. Georg Gravenhorst

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1908

Der sogenannte Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten

von

Dr. jur. Georg Gravenhorst

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1908

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Amtsrichter Dr. Max Fleischmann

Privatdozenten an der Universität Halle a. S.

in steter Dankbarkeit

Vorwort

Die hier gegebene Darstellung des Konfliktes versucht, ein Thema zu behandeln, das bisher monographisch noch nicht zusammengefaßt worden ist. Dies mag daran liegen, daß man die Institution bisher immer nur aus einem politischen Gesichtswinkel als Glied einer Kette von gesetzlichen Maßnahmen betrachtete, die darauf hinzielten, den Rechtsweg einzuschränken. Der Konflikt will aber, mögen auch bei ihm politische Interessen in Frage kommen, als Rechtsinstitut auch juristisch gewürdigt werden; man muß an ihn auch mit den Mitteln juristischer Auslegung herantreten.

Um dem Thema ganz gerecht zu werden, konnte ich mich mit der Betrachtung des preußischen Konfliktes nicht begnügen, sondern mußte auch einen Blick auf die anderen Staaten werfen, die zum Teil ähnliche Institute haben. Vom § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze laufen die gemeinsamen Fäden aus. Das Material für die nichtpreußischen Staaten war allerdings nicht immer ganz einfach zu beschaffen, besonders auch was die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe anlangt. In letzterer Beziehung bin ich den Herren Präsidenten des badischen Verwaltungsgerichtshofes, Lewald, und des hessischen Verwaltungsgerichtshofes, Emmerling, besonderen Dank schuldig, dem ich hierdurch gebührenden Ausdruck verleihe.

Einen Überblick über die Geschichte der Entwicklung des Konfliktes, vornehmlich in Preußen, glaubte ich darum geben zu müssen, weil nur so Zweck und Ziel desselben zum Ausdruck gelangen können. Dabei bot eine Unterlage für die §§ 6, 7, 9 und 11 Loening's eingehende, auf Grund der Akten des preußischen

Staatsministeriums verfaßte Darstellung über die „Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen" (Band 2 und 3 des Verwaltungsarchives.)

Wertvolle Winke verdanke ich Herrn Professor Dr. Friedrich Stein zu Halle a/S., die Anregung zu der Arbeit in vorliegender Form sowie tätiges Interesse Herrn Amtsrichter Privatdozent Dr. Max Fleischmann zu Halle a/S.

Im Anhang sind die preußischen Gesetze vom 8. April 1847 und 13. Februar 1845, das badische Gesetz vom 24. Februar 1880 und die mecklenburgischen Verordnungen vom 5. Mai 1879 abgedruckt.

Berlin, im Januar 1908

Dr. Gravenhorst

Inhaltsverzeichnis

II. Voraussetzungen persönlicher Art

III. Anlass der Konfliktserhebung

IV. Die Erhebung des Konfliktes

V. Die Behandlung des Konfliktes . . . 113

2. Kapitel. Besondere Beamtenkategorien

Teil III. Die Rechtslage im Reiche und in den übrigen deutschen Staaten 171

I. Kapitel. Das Reich

2. Kapitel. Staaten, in denen der oberste Verwaltungsgerichtshof die Vorentscheidung trifft

3. Kapitel. Staaten, in denen das Reichsgericht die Vorentscheidung trifft

4. Kapitel. Die übrigen Staaten

Nachträge und Berichtigungen

S. 54 Z. 5: Der Satz: „Dies war“ bis „unbestritten blieb“ fällt weg.
S. 64 Z. 18: Statt „10. Mai“ muß es „5. Mai“ heißen.
Zu S. 81 Anm. 2.: Hervorgehoben von Fleischmann in der Deutschen Juristenzeitung 1908 Heft 1 (Besprechung von Arndt).
S. 82 Z 10: Hinter „Bayern“ ist noch „Baden“ einzuschieben.

Abkürzungen

CPO. = Civilprozeßordnung.
EG. = Einführungsgesetz.
Entsch. = Entscheidung.
Erk. = Erkenntnis.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
G. u. VBl. = Gesetz- und Verordnungs-Blatt.
GS. = Gesetzsammlung für die Kgl. preuß. Staaten.
JMBl. = Justiz-Ministerial-Blatt.
Jur. Wochenschr. = Juristische Wochenschrift.
KGH. = Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte.
KK. = Kompetenz-Konflikt.
LVG. = Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. VII. 1883.
MBl. f. inn. Verw. = Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den Kgl. Preuß. Staaten.
MJD. = Militär-Justiz-Departement.
OVG. = Preußisches Oberverwaltungsgericht.
Pr. Verf. = Verfassungsurkunde.
RegBl. = Regierungsblatt.
RG. = Reichsgericht.
RGBl. = Reichsgesetzblatt.
StrPrO. = Strafprozeßordnung.
VGH. = Verwaltungsgerichtshof.

Einleitung.

Durch § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 ist folgende Bestimmung getroffen worden:

„Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen an besondere Voraussetzungen gebunden sind, treten außer Kraft.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die Verfolgung der Beamten entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist, mit der Maßgabe:

1. daß die Vorentscheidung auf die Feststellung beschränkt ist, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe;
2. daß in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den anderen Bundesstaaten dem Reichsgerichte zusteht".

Die Landesteile, deren gesetzliche Bestimmungen über die gerichtliche Verfolgung von Beamten durch den § 11 Abs. 2 beeinflußt worden sind, sind Preußen, Bayern, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen und in gewissem Sinne auch Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz. Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es sein, diese landesgesetzlichen Bestimmungen einer Erörterung zu unterziehen. Im Vordergrund

steht Preußen: hier wurde ein Gesetz von 7 Paragraphen, das Gesetz „betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen" vom 13. Februar 1854 (G.-S. 1854 S. 86) durch § 11,2 betroffen. Der in diesem Gesetz genannte „Konflikt" geht in seinen Anfängen auf das Gebiet des französischen Rechts zurück: er ist zwar von dort nicht ohne Wandlung übernommen worden, denn in der Gestalt, wie er jetzt in Preußen bekannt ist, hat er niemals in Frankreich bestanden, jedoch hat er sich in Preußen unter französischer Einwirkung entwickelt. Die französische Einwirkung zeigt sich naturgemäß auch in den „Ländern des französischen Rechts," in Elsaß-Lothringen und Rheinbayern. Diesen französischen Einflüssen wird also, soweit es für das Verständnis des heutigen Rechts erforderlich ist, nachgegangen werden müssen. Der Konflikt ist zwar eine hauptsächlich staatsrechtliche Einrichtung, die jedoch nicht nur die politische, sondern auch in weitem Umfang die Prozeßgesetzgebung berührt. Darum wird auch besonders das Verfahren näher betrachtet werden müssen, und zwar wird es sich bei der besonderen Bedeutung des preußischen Gesetzes rechtfertigen, den durch dieses geschaffenen Zustand zunächst gesondert zu behandeln und im Anschluß daran dann auch den Rechtszustand der übrigen deutschen Staaten zu betrachten.

§ 1. Literargeschichtlicher Überblick.

Wie bereits angedeutet, liegt der Konflikt auf dem Grenzgebiet zwischen Verwaltungs- und Prozeßrecht. Diesem Umstand mag es zuzuschreiben sein, daß er weder in der staats- oder verwaltungsrechtlichen noch in der prozeßrechtlichen Literatur eine erschöpfende Darstellung erfahren hat. Vielleicht aber ist dies auch auf eine gewisse Abneigung zurückzuführen, die dem Konflikt gegenüber besteht [1]).

I, Bei den Schriftstellern, die eine Darstellung des Prozeß-

[1]) Bezeichnend ist, daß Binding im „Handbuch des Strafrechts" (1900 Bd. 1 § 162 Anm. 35) den Konflikt mit folgenden Worten abtut: „Die Landesgesetze können leider die strafrechtliche Verfolgung von Beamten an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde binden."

oder Staatsrechts des ganzen deutschen Reiches liefern wollen, findet sich weniger, als man erwarten durfte.

Die zusammenfassenden systematischen Darstellungen über Civil- und Strafprozeß bringen nur einige Bemerkungen und lassen sich selten auch nur auf Zweifelsfragen ein[1]) oder stellen sogar nur die Gesetze mit mehr oder weniger Vollständigkeit zusammen[2]). Oft wird der Konflikt nur gestreift[3]). Manche stellen ihn lediglich in kurzen Anmerkungen dar oder beschränken sich gar darauf, zu konstatieren, daß es einen Konflikt gibt. Umfangreichere Erörterungen mit grundsätzlicher Stellungnahme zu verschiedenen Streitfragen finden sich dagegen in den Kommentaren zur Strafprozeßordnuug von Stenglein (1898 S. 6) und Loewe-Hellweg (1904, zu § 11 E.-G. z. GVG.) sowie in den Kommentaren zur Civilprozeßordnung von v. Wilmowski-Levy (1895, zu § 11 E.-G. z. GVG.) und Struckmann-Koch (1901, zu § 11 E.-G. z. GVG.) und schließlich in den Kommentaren zum Gerichtsverfassungsgesetz von Keller (1877, zu § 11 E.-G. z. GVG.) und Thilo (1879, zu § 11 E.-G. z. GVG.)[4]). Aber auch diese alle geben im großen Ganzen nur eine allgemeine Übersicht und deuten hie und da nur an, während eingehendere Darstellung erwünscht wäre.

---

[1]) So allerdings die Lehr- bezw. Handbücher des Strafprozesses von Bennecke-Beling (1900 § 13) und Glaser (1883 Bd. 1 § 27) sowie das Handbuch des Civilprozesses von Wach (1885 S. 201 f.)

[2]) So z. B. Birkmeyer Strafprozeß (1898 § 12) und Kleinfeller, Lehrb. d. Civilprozeßrechts S. 59: Elsaß-Lothringen fehlt aber bei diesem und die Bemerkung für Sachsen ist irrig.

[3]) So in den Lehrbüchern des Strafprozesses von v. Kries (1892 S. 116 und 465) und von Ullmann (1893 § 49) und des Civilprozesses von Richard Schmidt (1898 § 25) und Hellwig (1903 S. 65). Letzterer geht nur auf das preußische Recht ein, trotzdem es so aussieht, als ob er eine Aufzählung aller Vorschriften im Reiche geben wollte.

[4]) Garnichts über den Konflikt findet sich bei Gaupp-Stein (1901). Dagegen widmen die Anhangsbände zu Gaupp dem Konflikt immer die notwendige Beachtung; so z. B. Cretschmar für Rheinpreußen (1895 S. 47), Betzinger für Baden (1895 S. 13), Reitzenstein für Preußen (1896 S. 30), Michaelis für Elsass-Lothringen (1896 S. 12) Schierlinger für Bayern (1897 S. 8), Gessler (1902 S. 218) für Württemberg und Grengel-Glaser (1906 S. 278) für Sachsen.

Nicht ersprießlicher ist, was die staats- und verwaltungsrechtliche Literatur in den allgemeinen Darstellungen bietet. Auch hier wird der Konflikt vielfach in die Anmerkungen verbannt und in diesen ganz kurz erwähnt[1]) oder er wird in zusammenhängender Darstellung bloß vorübergehend genannt[2]). v. Stengel, „Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts" (1886 § 54) gibt in einem Anhang eine Darstellung des Konfliktes, den er jedoch unzutreffend dem Kapitel über die „Kompetenzkonflikte" unterordnet[3]). Auch die zahlreichen Autoren, die sich hauptsächlich mit der Entschädigungspflicht der Beamten befassen, schenken diesem Punkt keine besondere Beachtung. Dagegen finden sich zusammenfassendere Erörterungen bei Freund in Bd. 1 des „Archivs für öffentliches Recht" (1886) und vor allem in v. Stengel's „Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht" (1890); hier wird zwar ebenfalls in gedrängter, aber doch beträchtlich eingehender und beachtenswerter Darstellung von Nadbyl ein Bild des Konfliktes entworfen. Aber auch hier konnte vieles nur andeutungsweise untergebracht werden, obgleich im übrigen die Darstellung von Nadbyl die vollständigste ist, die bisher erschienen ist. Kritisch gewürdigt ist der Konflikt allein bei Otto Mayer („Deutsches Verwaltungsrecht" Bd. 1 § 17), der das Institut auch in das System des Verwaltungsrechts gehörig eingegliedert hat.

II. Für Preußen ist der Konflikt hin und wieder in weiterem Umfange erörtert worden. Ich nenne hier an erster

---

[1]) vgl. Bluntschli „Lehre vom modernen Staat" (1885) und Zachariae „Staats- und Bundesrecht" (1867). Ferner Georg Meyer, „Staatsrecht" (auch in der jüngsten Auflage von Anschütz (1905 § 183.)

[2]) So bei Laband, „Staatsrecht des dtsch. Reiches" (1895) und Loening „Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts" (1884 S. 126) sowie Arndt in Birkmeyer's „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" (1904 S. 833). Auffallender Weise findet man den Konflikt auch nicht einmal erwähnt, wo man ihn am ersten erwartet hätte, wie in Georg Meyer's „Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts" (2. Aufl.) und bei Ernst v. Meier in Holtzendorff's Encyklopädie. Auch bei Schulze „Lehrbuch des deutschen Staatsrechts" (1881 und 1886) habe ich nichts gefunden. Ferner dehnt Rehm „Die rechtl. Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht" (1885) leider seine Betrachtung nicht auch auf unsere Frage aus.

[3]) Ebenso behandelt Bachem (Staatslexikon 1902) den Konflikt als besonderen Fall des Kompetenzkonfliktes.

Stelle v. Rönne-Zorn (1899 und 1906), der im „Staatsrecht der preußischen Monarchie" eine verhältnismäßig umfangreiche Darstellung des Konfliktes gibt. Da hier aber hauptsächlich die Stellung des Gesetzes vom 13. Februar 1854 innerhalb der preußischen Gesetzgebung betrachtet wird, so hält er sich nicht ganz von politischen Erwägungen frei. Im Gegensatz zu v. Rönne gibt Schulze „Preußisches Staatsrecht" (1896) lediglich den Inhalt des Konfliktsgesetzes wieder. Dasselbe ist zu sagen von Bornhak's „Staatsrecht" (1889), der allerdings dem Wortlaut des Gesetzes noch einige Erläuterungen hinzufügt[1]), sowie für v. Stengels „Organisation der preußischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen" (1884 S. 115 u. 562). Kaum mehr als der Inhalt des Konfliktsgesetzes ist auch in Stölzel's „Rechtsweg und Kompetenzkonflikt" (1900) zu finden[2]). Dagegen gibt jetzt v. Bitter's „Handwörterbuch der preußischen Verwaltung" (1906 S. 948) in gedrängter Darstellung eine allgemeine Übersicht über den Konflikt. Auch entwirft v. Arnstedt „Das preußische Polizeirecht" (1905 Bd. I § 106) eine allgemeine Übersicht des Konflikts, indem er — allerdings zahlreiche — Urteile der zur Vorentscheidung berufenen Gerichtshöfe zusammenstellt und in Verbindung damit auch einige Streitfragen bespricht.

Beachtenswert ist von Erläuterungen in Kommentarform nur die, welche dem Konfliktsgesetz in Oppenhoff's „Ressortverhältnissen" (1904) zuteil geworden ist. Wenngleich auch hier dem Wesen des Konfliktes nähergetreten und zu manchen Fragen Stellung genommen wird, so erschöpft sich Oppenhoff doch im Allgemeinen in einer Aufzählung von Urteilen des Oberverwaltungsgerichts, die in Konfliktssachen ergangen sind.

---

[1]) Arndt, „Verfassungsurkunde für den Preuß. Staat" in früheren Auflagen und Graf Hue de Grais, „Handbuch der Gesetzgebung für den preußischen Staat" (1903, Bd. 1 S. 240) drucken das Gesetz mit kurzen Anmerkungen ab. Schwartz „Verfasssungsurkunde" zu Art. 97 schickt dem Text des Gesetzes eine zuverlässige Darstellung seiner Entstehung und der Grundgedanken voraus. Etwas mehr berücksichtigt die Rechtsprechung des O. V. G.: Illing „Handb. f. preuß. Verwaltungsbeamte" (1904).

[2]) Droop, „Der Rechtsweg in Preußen" (1899) verweist auf den Konflikt in kurzen Anmerkungen. Ebenso v. Rheinbaben, „Preußische Disziplinargesetze" (S. 88), trotzdem hier grundsätzliche Stellungnahme hätte erwartet werden dürfen.

Zum Verständnis des Konfliktes tragen ferner die Sonderdarstellungen bei, welche die beiden anonymen Aufsätze „Über die Befugnis der ordentlichen Gerichte zur Verfolgung von Staatsbeamten nach preußischem Recht von einem preußischen Richter (1868)" und „Ein Beitrag zur Gesetzgebung über die Kompetenzkonflikte" (1860) enthalten[1]. Der erstgenannte Aufsatz wird von Stieve in Bd. 3 von Behrend's Zeitschrift (1869) besprochen, letztgenannter von Koch in Bd. V von Gruchots Beiträgen (1861). Darstellung wie Besprechung tragen jedoch lediglich politischen Charakter und gehen auf das rechtliche Wesen des Konfliktes nicht ein. Dasselbe ist zu sagen von einer Flugschrift Primker's „Die Kompetenz-Konflikte in Preußen" (1861), die in leidenschaftlicher Begeisterung geschrieben ist, aber nur ein aktuelles Interesse für die Zeit ihres Erscheinens wachrief. Alle diese Schriften sind für das geltende Recht veraltet: sie sprechen nur von dem Konflikt in der Form, wie er vor Erlaß der Reichsjustizgesetze bestand[2].

Von besonderem Interesse für den geltenden Rechtszustand sind jedoch die drei Abhandlungen von Jastrow: „Über die Zuständigkeit des preußischen Militär-Justiz-Departements und des Oberverwaltungsgerichts für die Konflikte in Soldatenprozessen" (1896)[3], „Konfliktserhebung bei Prozessen gegen Staatsminister" (1906)[4], und „Der Einfluß der Reichsjustizgesetze und der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung auf einzelne Einrichtungen des preußischen Rechts" (1886)[5], sowie die Abhandlung von Hilse „Prüfung der Befugnis des Reichsversicherungsamtes zur Einlegung des Kompetenzkonfliktes oder des Konfliktes in anhängigen Rechtsstreitsachen" (1891)[6]. Diese alle behandeln jedoch nur Einzelfragen aus der Lehre vom Konflikt, liefern also lediglich bemerkenswerte Beiträge zum Ganzen.

[1]) In Kayser's „Vollständigem Bücherlexikon" fanden sich keine Angaben über die Namen der Autoren.

[2]) Dasselbe gilt für Hagens „Über Kompetenzkonflikte" in Bd. 2 von Schering's Archiv (1862 S. 315).

[3]) Bd. 4 des Verwaltungsarchives.

[4]) Bd. 14 ibidem.

[5]) Bd. 30 von Gruchot's Beiträgen.

[6]) Bd. 35 ibidem.

Eine wesentlich eingehendere Behandlung hat die Geschichte der Konfliktsgesetzgebung erfahren [1]; hier verdanken wir Loening in Band 2 und 3 des „Verwaltungsarchivs“ (1895) eine Klarstellung sehr wertvoller Anhaltspunkte aus der Vorgeschichte des Konfliktes; dieselben sind den Akten des Staatsministeriums entnommen worden.

III. Für Bayern bestehen fruchtbarere Untersuchungen als für Preußen; so von Lippmann „Die Vorentscheidung bezüglich der gerichtlichen Verfolgung öffentlicher Beamter aus Amtshandlungen nach Reichsrecht und bayrischem Landesrecht“ in den Annalen des deutschen Reiches (1885) und Seydel „Bayrisches Staatsrecht“ (1885) Bd. 2 S. 449 ff. Bezüglich der anderen Staaten dagegen ist mir eine ausführlichere Einzeldarstellung — Hauser, der hier noch zu nennen ist, gibt in Bd. 4 und 5 der „Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht“ eine allgemeine Übersicht über die größeren deutschen Staaten — nirgends begegnet. Ich begnüge mich daher, bei den einzelnen Staaten auf die dort genannte Literatur zu verweisen.

IV. Zu Einzelfragen geben, abgesehen von den bereits erwähnten Sonderdarstellungen, wertvolle Aufklärung die Rechtsprechung des preußischen Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte [2], des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts [3], denn diese drei Gerichtshöfe waren oder

---

[1] Bornhak übergeht allerdings in der „Preußischen Staats- und Rechtsgeschichte“ (1903) die Darstellung der um das Gesetz v. 13. II. 54 geführten Kämpfe.

[2] Die Übersicht über die Urteile des Kompetenzkonfliktsgerichtshofes ist sehr erleichtert worden durch ein alphabetisches Sachregister über alle im Just.-Min.-Blatt veröffentlichten Urteile in Konfliktssachen, welches im Interesse der Gerichte durch allgemeine Verfügung vom 2. I. 1871 zum Abdruck gebracht wurde (vgl. I.-M.-Bl. 1871 S. 2.) — Als Fortsetzung dienen die Sammlung der Entscheidungen des Kgl. Oberverwaltungsgerichts von Jebens und v. Meyeren (von 1877 an), die „Rechtsprechung des Preuß. Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung“ von v. Kamptz, Freytag u. a. (1898), wo in Bd. IV. S. 1111—1212 unter dem Stichwort „Kompetenzkonflikte und Konflikte“ Urteile in Konfliktssachen gesammelt sind, und schließlich die „Rechtsgrundsätze des Kgl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts“ 3. Aufl. von Kunze und Kautz, wo sich solche Urteile in Bd. 2 S. 561—588 in dem Abschnitt „Konflikt“ finden.

[3] In den „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen“ befinden sich Vorentscheidungen im Sinne des § 11 E.-G. z. G. S. G. an folgenden

sind noch zur Entscheidung auf erhobenen Konflikt hin, die beiden ersten für Preußen, der letztere für die Staaten, in denen kein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, berufen. Aber es ist selbstverständlich, daß hieraus ein klares Bild vom Konflikt nicht zu gewinnen ist. Einige Urteile, die in Konfliktssachen ergangen sind, sind auch von Hilse und Stölzel in ihren Zusammenstellungen der „Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte" sowie von Bochmann in seinen „Rechtsgrundsätzen aus den in der offiziellen Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts nicht veröffentlichten Entscheidungen für 1888—1891" veröffentlicht worden. Wie wenig Bedeutung aber auch sie dem Konflikt beimessen, geht daraus hervor, daß beispielsweise Stölzel die angeführten Urteile nicht in besondere Gruppen zusammenfaßt, während es sich bei Fällung dieser Urteile um eine doch sicherlich sachlich bemerkenswerte Art der Tätigkeit des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte handelte.

V. Diese kurze Übersicht über die vom Konflikt handelnde Literatur sowie über die Werke, in denen man eine Darstellung desselben hätte erwarten dürfen, berechtigt zu der Behauptung, daß der Konflikt bisher recht stiefmütterlich behandelt worden ist. Hier Versäumtes nachzuholen, ist der — wenigstens erstrebte — Zweck der vorliegenden Abhandlung.

§ 2. Zur Terminologie.

Das Wort „Konflikt" stammt aus der lateinischen Sprache. Es bedeutet eigentlich Zusammenstoß, Zusammentreffen oder Widerstreit[1]) und hat im Rechte Rom's keine technische, etwa gar auf das Verhältnis von Behörden untereinander bezügliche Bedeutung.

Stellen: Bd. 51 S. 329; Bd. 52 S. 108 und 369 (beide Elsaß-Lothringen betr.) und Bd. 59 S. 172.

[1]) In diesem ursprünglichen Sinne wurde z. B. in Frankreich ungefähr bis zum 16. Jahrhundert von einem „conflit des armées" gesprochen. Dieser Ausdruck ist jedoch veraltet. Jetzt gebraucht man conflit im genannten Sinne nur noch figürlich z. B. „conflit des passions" oder „conflit des intérêts". (vgl. Art. „conflit" im Dictionnaire de l'académie française und in Littré, Dictionnaire).

Seit langer Zeit wird das Wort auch für mannigfache Vorgänge im Rechtsleben verwendet: so früher allgemeiner[1]) zur Bezeichnung der sog. Statutenkollision[2]).

Im politischen Leben pflegt man mit prägnantem Sinne den Streit zwischen Regierung und Volksvertretung so zu bezeichnen: hier ist das Wort am Platze, denn hier handelt es sich um einen wirklichen Streit. In diesem Sinne finden wir es angewandt, wenn man die Zeit nach dem 23. September 1862, an welchem Tage das preußische Abgeordnetenhaus die von der Regierung für erforderlich erachteten Kosten der neuen Armeeorganisation vom Budget absetzte[3]), als Konfliktszeit bezeichnet. In diesem Sinne bezeichnete man ebenfalls neuerdings den Streit, welcher um das Jahr 1875 in Dänemark zwischen Regierung und Folkething wegen der Bewilligung der Kosten für die Vermehrung des Landheeres und der Flotte und für die geplante großartige Befestigung von Kopenhagen entstand und sich bis zum Jahre 1892 hinzog, als Konflikt.

Gerade auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts hat das Wort „Konflikt" Heimatsrecht gewonnen und behalten. In diesem Sinne geht es, soweit ich habe ermitteln können, auf das preußische Gesetz vom 13. Februar 1854 zurück. Daß man aber der Frage, woher dieses Gesetz den Ausdruck entlehnt hat, je Beachtung geschenkt hätte, ist mir nicht aufgefallen: ich erkläre mir die Entstehung des Wortes „Konflikt" im Ges. v. 13. II. 54 folgendermaßen:

In der Sprache des französischen Verwaltungsrechts spricht man von einem sog. „conflit d'attributions" und einem sog. „conflit de iuridiction"[4]). Ersterer ist der Streit zwischen

---

[1]) Vgl. Huber „De conflictu legum in diversis imperiis" und Rodenburg „De iure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu" (siehe Meili „Doktrin des internationalen Privatrechts" in Bd. 1 der Böhm'schen Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht. Erlangen 1891 S. 142). — Du Cange gebraucht im „Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis" nur folgende Phrase: „conflictus legalis: duellum ex lege statutum."

[2]) Diese heißt in England noch heute „conflict of laws."

[3]) vgl. Bornhak, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 469.

[4]) vgl. Block-Maguéro p. 886 s. und Löning in Hartmann's Zeitschrift, Bd. VI, S. 47 Anm. 1 und S. 327.

einem ordentlichen Gericht und einer Verwaltungsbehörde, die entweder beide in einer Sache entscheiden wollen oder nicht entscheiden wollen: in diesem Falle spricht man von einem „conflit négatif d'attributions“, in jenem Falle von einem „conflit positif d'attributions“. Diese Art von Konflikt kann nur vom Präfekt erhoben werden, sei es vom préfet du département oder vom préfet maritime, sei es vom préfet de police oder vom préfet de la Seine: die Entscheidung wird vom Conseil d'État, seit 24. IV. 1872 vom Tribunal des conflits gefällt [1]). Dagegen versteht man unter conflit de iuridiction den Streit zweier Behörden über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit, wenn beide Teile entweder Verwaltungsbehörden oder Justizbehörden sind: bei Justizbehörden entscheidet hier jedes Mal das im Instanzenzug vorgesetzte Gericht, bei Verwaltungsbehörden die gemeinschaftliche höhere Verwaltungsbehörde oder der Conseil d'État. — In Frankreich pflegte man nun an Stelle des conflit d'attributions sehr häufig auch schlechthin vom „conflit“ zu sprechen [2]). So bestimmte die in großem Ansehen stehende ordonnance vom 1. Juni 1828 im Art. 3:

„Ne donneront pas lieu au conflit 1° le défaut de l'autorisation soit de la part du Gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents“ . . . .

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß diese Gesetzesstelle, die bei der Ausarbeitung des preußischen Konfliktsgesetzes vom Gesetzgeber in Rücksicht gezogen ist und auch tatsächlich Einfluß auf die preußische Gesetzgebung gehabt hat, durch die abgekürzte Bezeichnung „conflit“ den Anlaß gegeben hat, bei den gesetzgeberischen Vorarbeiten in Preußen ebenfalls kurz vom „Konflikt“ zu sprechen. Schließlich hat man dann den Ausdruck als terminus technicus in das preußische Recht übernommen.

Das Wort „Konflikt“ ist, soweit ich habe ermitteln können, nur der preußischen Gesetzessprache bekannt; jedoch entspricht die damit bezeichnete, durch das Gesetz vom 13. Februar 1854

[1]) vgl. Loening in Hartmann's Zeitschrift, Bd. V, S. 371 und Bd. VI, S. 46 Anm. 3 sowie die eingehende Darstellung des Verfahrens ebenda Bd. 6, S. 327—334.

[2]) Ob vielleicht darum, weil der conflit d'attributions häufiger vorkam, lasse ich dahingestellt sein.

den Provinzial- oder Centralverwaltungsbehörden gegebene Handhabe meiner Ansicht nach nicht ganz der ursprünglichen Bedeutung des Wortes. Vielmehr ist hier ein Konflikt fingiert, wo keiner besteht: man hat ein Institut, welches nichts weniger als ein Konflikt ist, nach Analogie des sog. „Kompetenzkonfliktes" behandelt[1]). Nur den Wunsch der Verwaltungsbehörde, die Sache möge vorläufig nicht gerichtlich erörtert werden, hat man schon Konflikt genannt, während man gerade umgekehrt in dem für den Konflikt vorgeschriebenen Verfahren ein Zusammenwirken von Gericht und Verwaltung zur Lösung einer Frage sehen muß, die vom Standpunkt des Richters und des Verwaltungsbeamten verschieden beurteilt werden kann: daher auch die Gutachten, die von beiden Behörden den Akten vor der Entscheidung beigefügt werden können[2]). Bei den parlamentarischen Erörterungen ist über die Bedeutung des Wortes „Konflikt" nicht eingehender gesprochen worden, wenn auch anscheinend bei diesem oder jenem Abgeordneten wegen der Anwendbarkeit desselben Bedenken entstanden sind[3]). Jedenfalls hat aber das Wort manche Verwirrung angerichtet, insofern als es in Preußen, ebenso wie in Frankreich, verschiedene „Konflikte" gibt; so den „Kompetenzkonflikt", der vollkommen dem französischen conflit d'attribution entspricht[4]) und als positiver oder negativer Kompetenzkonflikt bezeichnet wird, je nachdem eine Behörde behauptet, zuständig oder nicht zuständig zu sein. Sodann gibt es in Preußen den hier ausdrücklich so genannten „Konflikt", der eben Gegenstand unserer Abhandlung ist. Der Unterschied zwischen diesen Konflikten wird aber weder von der Literatur noch von der Judikatur in der Bezeichnung sprachlich festgehalten, indem sehr häufig der Konflikt als besonderer Fall

---

[1]) vgl. Worte des Abg. Wentzel bei der Beratung des Ges. v. 13. II. 54 in der 2. Kammer. Ferner vgl. Hagens (in Scherings Arch.) § 10 und O. Mayer, Verw.-Recht Bd. 1 § 17.

[2]) vgl. unten „Verfahren".

[3]) So sagte Abg. v. Graevenitz, „es liege hier in höherem Sinne eine Kompetenzfrage vor und die Gleichartigkeit der Fälle rechtfertige eine gleiche Behandlung".

[4]) Dem französischen conflit de iuridiction entspricht in Preußen der „Kompetenzstreit", der im Instanzenzuge der Gerichte bezw. der Verwaltungsbehörden erledigt wird. (vgl. Meyer-Anschütz § 181.)

des Kompetenzkonfliktes hingestellt wird[1]), was doch lediglich auf die Ähnlichkeit der Worte, nicht aber auf die Ähnlichkeit der beiden Institute zurückgeführt werden kann. Denn, wie schon erwähnt, liegt beim sog. „Konflikt“ ein Konflikt gar nicht vor, noch weniger aber ein Kompetenzkonflikt, wie unten an gegebener Stelle näher gezeigt werden soll. Unter „Kompetenz“ versteht man den „ordentlich und sachlich abgegrenzten Kreis derjenigen Geschäfte, die von einer bestimmten Behörde unter Ausschluß aller anderen zu erledigen sind“[2]): bei dem Konflikt aber wird die Kompetenz der Gerichte nicht nur nicht bestritten, sondern im Gegenteil gerade vorausgesetzt[3]). Man könnte den Ausdruck „Kompetenzkonflikt“ höchstens insofern rechtfertigen, als durch die Feststellung des zur Vorentscheidung berufenen Gerichtshofes, daß eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliege, zum Ausdruck gebracht wird, daß die ordentlichen Gerichte ausschließlich zur Entscheidung berufen sind, ihre Kompetenz also bekräftigt wird. Dann ist es aber unbedingt notwendig, daß man diesen Kompetenzkonflikt von dem gewöhnlich so genannten Institute durch einen bezeichnenden Zusatz, wie z. B. „unechter“ Kompetenzkonflikt, unterscheidet, und dementsprechend den wirklichen Kompetenzkonflikt etwa „echten“ Kompetenzkonflikt nennt[4]). Nur so kann man Mißverständnissen vorbeugen.

Besonders in der Zeit kurz nach Erlaß des Konfliktsgesetzes vom 13. Februar 1854 wurden Konflikt und Kompetenzkonflikt häufig verwechselt. Selbst das preußische Justizministerium hält die beiden Begriffe nicht auseinander, wenn es z. B. im Justiz-Ministerialblatt von 1884[5]) bekannt gibt, daß die gemäß § 6 des Gesetzes vom 13. Februar 1854 ernannten Offiziere über „Kompetenz-

[1]) So z. B. Bachem Bd. 3, S. 658 und in dem sonst so zuverlässigen Buch von Müller Bd. 1, S. 64. Auch Prazak, S. 284 Anm. 106 hält den Konflikt für einen Kompetenzkonflikt. — Dagegen hebt den Unterschied besonders hervor z. B. Beling S. 337 und Stölzel Rechtsweg S. 352.

[2]) vgl. Bachem Bd. 3, S. 651 ff.

[3]) vgl. Handwörterbuch der preuß. Verwaltung S. 948 ff.

[4]) So z. B. Prof. Dr. Stein in Halle a/S. (mündlich), dessen Ausdrucksweise ich mich hier und da angeschlossen habe. Dagegen ist der Ausdruck „einfacher“ Konflikt, wie Oppenhoff S. 397 mit Recht durch ein (?) andeutet, zurückzuweisen.

[5]) S. 223.

konflikte" zu entscheiden haben sollen: dieselbe fehlerhafte Bezeichnung findet sich im Justiz-Ministerial-Blatt von 1893[1]), während ebenda 1905[2]) der richtige Ausdruck „Konflikt" gebraucht wird. Auch die gesetzgebenden Körperschaften haben nicht immer den Unterschied zwischen den beiden Instituten beobachtet[3]). Ferner haben die zur Erhebung des Konfliktes berechtigten Behörden aller Art, wie z. B. Regierung, erzbischöfliches Ordinariat, Provinzialsteuerdirektor u. s. w., des Öfteren erklärt, daß sie den „Kompetenzkonflikt" erheben, während sie in Wahrheit nur den „Konflikt" erheben wollten. Der Kompetenzgerichtshof und das Oberverwaltungsgericht haben dies dann aber stets als Versehen in ihren Erkenntnissen gerügt[4]). Umgekehrt haben die zur Erhebung befugten Behörden bisweilen fälschlich ihren Beschluß als „Konflikt" bezeichnet und der zur Entscheidung berufene Gerichtshof mußte dann den Beschluß in seinem Erkenntnis als „Kompetenzkonflikt" behandeln[5]).

Aber es bestehen auch in der Literatur Ausnahmen: so gibt z. B. Nadbyl unter dem Stichwort „Konflikt" eine vom „Kompetenzkonflikt" gesonderte Darstellung, so betont z. B. Beling[6]), „daß die vorgesetzte Behörde den „Konflikt" — nicht „Kompetenzkonflikt" — erhebt", und auch O. Mayer[7]) weist darauf hin, „daß natürlich der Konflikt etwas ganz anderes als der Kompetenzkonflikt ist".

---

[1]) S. 289. [2]) S. 314.

[3]) vgl. ausführlich Jastrow, Verwalt.-Archiv, Bd. 4, S. 343.

[4]) vgl. Erk. des KGH. v. 24. XI. 55 (J.-M.-Bl. 56, S. 59 f.): v. 12. I. 56 J.-M.-Bl. 57, S. 397 ff.): 27. IX. 56 (J.-M.-Bl. 57, S. 413 ff. u. 428 f.): 30. V. 57 (J.-M.-Bl. 57, S. 437 f.): 22. XI. 56 (J.-M.-Bl. 57. S. 423 f.): 7. III. 57 (J.-M.-Bl. 58, S. 77 f.): 18. IV. 57 (J.-M.-Bl. 58, S. 78 f.): 23. VI. 58 (J.-M.-Bl. 59, S. 237): 4. VII. 57 (J.-M.-Bl. 59, S. 245): 24. X. 57 (J.-M.-Bl. 59, S. 252 und 254); 9. I. 58 (J.-M.-Bl. 59, S. 261); 23. VI. 58 (J.-M.-Bl. 59, S. 276): 2. X. 58 (J.-M.-Bl. 59, S. 283): 7. V. 59 (J.-M.-Bl. 60, S. 106); 22. IX. 60 (J.-M.-Bl. 61, S. 228). vgl. ferner Erk. d. OVG. v. 12. XI. 84 (Rechtspr. d. OVG. Bd IV, S. 1127), sowie v. 3. VI. 85 und 16. VI. 86 (Entsch. d. OVG. Bd. 12, S. 415 und Bd. 14, S. 420).

[5]) In diesem Falle wird dann die Frage, ob der „Konflikt" begründet ist, nicht weiter erörtert. vgl. Erk. KGH. v. 14. XI. 73 (J.-M.-Bl. 74, S. 47 f.): (ähnlich Erk. d. KGH. v. 9. VI. 66 (J.-M.-Bl. 66, S. 255).

[6]) in der Enzyklopädie S. 337.

[7]) Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1 § 17.

Nach alledem wäre es jedoch besser gewesen, wenn sich zwei technische Ausdrücke hätten finden lassen, die dem Wesen der beiden Institute beide nahe kämen und sich infolgedessen sichtlich von einander unterschieden.

Teil I.

Geschichtliche Grundlagen.

§ 3. Anklänge an den Konflikt in früher Zeit?

I. Man würde vergeblich in den großen Republiken des Altertums, in Rom und Athen, nach Anhaltspunkten für die Entwicklung des Konfliktes suchen, und zwar aus zwei Gründen, einmal weil es dort nicht Beamte im heutigen Sinne gab, sodann, weil der bewußte Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung fehlte.

Das Volk verwaltete seine Staatsgeschäfte allein: war es nötig, so vertraute es diese Geschäfte bestimmten Männern für eine bestimmte Zeit an[1]), und diese Männer waren dem Volk allein verantwortlich, was z. B. in der provocatio ad populum zum Ausdruck kam, d. h. in dem Recht der Appellation von dem Urteilspruch eines Beamten an ein Volksgericht[2]). Wenn man auch diese erwählten Männer für die Zeit ihrer Tätigkeit als Beamte bezeichnen will, so erlosch doch ihr Amt nach einer verhältnismäßig kurzen Zeit wieder.

Weiter existierte die eigentümliche Bestimmung, daß diese sogenannten Beamten während der Dauer ihres Amtes nicht zur Rechenschaft gezogen werden und nicht vor das Gericht gestellt werden konnten. Erst wenn sie ihr Amt niedergelegt hatten[3]), dann konnten sie, weil sie nunmehr wieder einfache Bürger, wie jeder andere, und nicht mehr Beamte waren, wegen Vergehen

---

[1]) vgl. Mommsen, Abriß d. röm. Staatsrechts 1893, S. 81 ff., Pauly, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, S. 1433 ff. und Zoeller, Römische Staats- u. Rechtsaltertümer. 2. Aufl. 1895, S. 163.

[2]) vgl. Zoeller S. 170.

[3]) vgl. Mommsen S. 135 f. und Zoeller S. 171.

in Ausübung ihres Amtes vor die Civil- oder Strafgerichte gestellt werden. Das geschah auch gar nicht selten: bei solchen Gelegenheiten sehen wir Demosthenes und Cicero ihre Erfolge feiern! Eben deswegen aber, weil es sich bei diesen Prozessen nicht mehr um Beamte, sondern um Bürger handelte, wäre ein Konflikt im heutigen Sinne unmöglich gewesen.

Dazu kommt aber noch, wie gesagt, daß es eben im Altertum keine organisierte Verwaltung gab, die eine der Gewalten im Staate bildete. Man konnte es sich nicht vorstellen, daß ein Mann, der in einen Teil der öffentlichen Gewalt eingesetzt war, nicht das Recht haben sollte, sowohl Verordnungen zu erlassen als auch Urteile zu fällen: imperium und iurisdictio waren auf das Engste miteinander vereint, und einen Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung kannte man nicht[1]), wie dies die Worte Plato's beweisen: „Πάντα ἄρχοντα ἀναγκαῖον καὶ δικαστὴν εἶναι τινῶν“ und die Forderung Cicero's[2]): „Omnes magistratus auspicium iudiciumque habento“. Eine solche Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gewalten ist aber für den Konflikt sehr wesentlich.

II. In der germanischen Urzeit wurden die Beamten ebenfalls vom Volk gewählt[3]). Darum ist über ihre Stellung für unsere Zwecke nichts besonderes zu sagen. Auch in der fränkischen Zeit fehlte es noch an den eigentlichen Vorbedingungen für den Konflikt. Die meisten „Beamten“ hatten überhaupt gar kein Amt, sondern standen zur Disposition des Königs[4]): führten sie in dessen direktem Auftrage eine Dienstverrichtung aus, so war es schwierig, sie wegen Amtsüberschreitung zu belangen, denn bei dem persönlichen Charakter des fränkischen Königtums war es nicht zu verwundern, daß die Beamten, die täglich in des Königs Umgebung waren, in wichtigeren Angelegenheiten mehr und mehr seine Berater wurden. Es waren zwar auf Amtsüberschreitungen schwere

[1]) vgl. Bluntschli, Teil II, Buch V, Kap. 6.

[2]) Cicero, „De legibus“ III,3.

[3]) vgl. Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1898, S. 30.

[4]) vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1901, S. 53 ff. und Schroeder S. 130. Die Schrift von H. O. Lehmann: „Der Rechtsschutz gegenüber Eingriffen von Staatsbeamten nach altfränkischem Rechte“, Kiel 1883, liefert für unser Thema keine Ausbeute.

Strafen gesetzt, sogar Entziehung der königlichen Gnade, aber auch hier zeigte sich, wie auf anderen Gebieten, die Beamtenaristokratie bald mächtiger als das Königtum. Nach Auflösung der fränkischen Monarchie blieb das fränkische Ämterwesen in Deutschland, soweit es in den einzelnen Stammesgebieten festen Fuß gefaßt hatte, bestehen; teilweise hatten die Beamten selbständigere Stellungen, wie z. B. die Markgrafen: diese „dingten bei eigenen Hulden“ [1]). Eine Inanspruchnahme wäre auch hier schwierig gewesen. Nicht anders war es im späteren Mittelalter; die öffentliche Gewalt wurde hier vom König hauptsächlich selbst ausgeübt: wenn nicht, so von Lehnsleuten des Königs, die nicht mehr als eigentliche Beamte angesehen werden konnten. Diese ausführenden Organe waren meist durch die Person des Königs gedeckt, für einen Konflikt fehlt es also überhaupt an der unerläßlichen Voraussetzung. Hierzu kam aber noch, daß das Lehnswesen im Mittelalter allmählich mehr und mehr um sich griff und zuletzt auch das ganze Ämterwesen beherrschte, wodurch eine tiefgreifende Verschiebung in der Stellung der Untertanen zum König hervorgerufen wurde: die einen wurden in ein näheres Verhältnis zum König gebracht, die anderen in gewisser Beziehung der unmittelbaren Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen (durch die Immunitäten). Nach beiden Richtungen blieb also für einen Konflikt kein Raum. Auch empfand der mittelalterliche Staat das Bedürfnis einer Scheidung des Gebietes, in welchem die Verwaltung wirkt, von dem der Justiz nicht so lebhaft, wie dies der moderne Staat tut: das richterliche Amt repräsentierte die staatliche Macht; Verwaltungsbehörden versahen z. T. richterliche Befugnisse. Sodann aber hätte der mittelalterliche Staat, auch wenn das Bedürfnis der Scheidung vorhanden gewesen wäre, die ihm dadurch gestellte Aufgabe nicht lösen können: er leistete, wie Otto Mayer sagt: „nur noch das Notdürftigste, was unumgänglich war, um sein und der Seinigen Dasein zu sichern“. Alles Andere, was außerhalb der Justiz für Kulturaufgaben geschah, besorgte der geistliche Staat [2]). Wir können daher bei Betrachtung des Konfliktes über diese Zeit hinweggehen.

---

[1]) vgl. Brunner S. 132 f.

[2]) vgl. O. Mayer, „Justiz und Verwaltung“, Rektoratsrede, Straßburg 1902. Seite 5. Vgl. ferner Bluntschli S. 357: „Das Mittelalter behandelte

1. Kapitel.

Preußen.

§ 4. Ansätze in Preussen.

Nutzbringender als ein Nachforschen in den allgemeinen und verallgemeinernden Darstellungen des deutschen Rechts ist die genauere Verfolgung des Gedankens in dem Partikularrechte: dies soll für den größten deutschen Staat, für Preußen, geschehen.

I. In Brandenburg-Preußen war der Rechtsweg vor den Landesgerichten wegen Ausübung der Amtsbefugnisse gegen einen kurfürstlichen Beamten nicht statthaft, vielmehr gab es seit dem 16. Jahrhundert nur ein formloses Beschwerdeverfahren, welches später durch Landtagsabschiede und Landesrezesse normiert und in bestimmte Formen gebracht wurde.

Wenn der kurfürstliche Beamte wegen Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht vor die ordentlichen Gerichte des Landes gestellt werden konnte, so hatte dies seinen guten Grund darin, daß derselbe als im Auftrage und im Namen des Kurfürsten handelnd angesehen wurde, was zur Folge hatte, daß diejenigen, welche sich von einem Beamten verletzt fühlten, gegen den Kurfürsten selbst klagend vorgehen mußten, denn nach allgemeiner Auffassung konnten die Beamten keine eigenen Befugnisse ausüben. Diese Klage gegen den Kurfürsten nun hatte außerdem noch die Eigentümlichkeit, daß sie nur in Form einer Beschwerde an den Kurfürsten geltend gemacht werden konnte, die schon darum keinen Ersatz für die Verfolgung des Beamten bieten konnte, weil der Kurfürst selbst in den meisten Fällen die Entscheidung traf und nur selten die kurfürstlichen Räte mit der Erledigung der Angelegenheit betraut wurden[1].

---

die Regierung wie ein Gericht" und Frhr. v. Lemayer in Mischler und Ulbrich's „Österreichischem Staatswörterbuch" Wien 1896 Artikel „Kompetenzkonflikt".

[1]) Die Entwickelung verläuft ähnlich in allen deutschen Staaten. Wenigstens zeigt sich kein Unterschied nach den räumlichen Verhältnissen. Wie in Brandenburg, so war es z. B. auch in Lippe-Detmold, wo die Hofgerichtsordnung von 1593 (Teil II Titel I § 1) bestimmte:

Wenn allerdings auch schon gegen Ende des 15. Jahrhunderts der Kurfürst fast niemals mehr selbst die Entscheidung traf — nur ein Fall aus dem Jahre 1484 ist bekannt[1] — sondern immer seine Räte damit betraute, so hatten doch diese Räte die Anweisung erhalten, nach Möglichkeit einen Vergleich herbeizuführen, und die geschädigte Partei kam doch nicht zu ihrem vollen Recht[2]).

II. Zum ersten Male wurde eine Behörde für die Entscheidung bei Überschreitung der Amtsbefugnisse seitens eines Beamten durch Art. 13 des den Neumärkischen Ständen erteilten Rezesses v. 11. Juni 1611 für zuständig erklärt: der Kammer zu Küstrin wurde das Recht zur Entscheidung der gegen die Beamten gerichteten Beschwerden wegen Überschreitung der Amtsbefugnisse übertragen. Allerdings war die Möglichkeit einer vollgültigen Entscheidung nur gegeben, wenn die Kammer einen Oberhauptmann hinzuzog: der Kurfürst konnte außerdem noch einen gelehrten Rat des Obergerichts entsenden. Gegen die Entscheidung der so verstärkten Kammer gab es die schriftliche Beschwerde an den Kurfürsten. Geringfügigere Sachen konnten mit Zustimmung des Beamten vor die Regierung zur Entscheidung gebracht werden: dort war das Verfahren allerdings insofern etwas anders geregelt, als diese Behörde nur nach Anhörung eines gelehrten Schöffenstuhles entscheiden konnte[3]).

Die genannten Vorschriften bewährten sich sehr gut und fanden daher Aufnahme in die revidierten Neumärkischen Kammergerichtsordnungen v. 24. September 1646 und 11. Dezember 1700, mit

---

„Diesem unseren Hofgericht sollen in Real- und Personalforderungen oder Aktionen und anderen denselben angehörigen Implorationen alle unser Grafschaft Untertane, wie dann auch unsere Amtleute, Vögte und Dienern in Sachen, da sie für ihre Person civiliter zu beklagen, subjekt und unterworfen sein, sonst aber, da sie ihrem von uns ihnen anbefohlenen Amt nicht genug getan, noch demselben sich gemäß verhalten, sondern darin jemand Unrecht getan haben sollten, sollen sie für uns deshalb conveniert und besprochen werden."

Die Entscheidung über alle Ansprüche an Beamte wegen Überschreitung oder Vernachlässigung des Amtes war also auch in Lippe-Detmold dem Landesherrn vorbehalten: die gerichtliche Verfolgung war ausgeschlossen.

[1]) vgl. v. Raumer, Cod. Dipl. Brandenb. Continuatus II, 54 ff.

[2]) vgl. Loening im Verwaltungsarchiv Bd. II S. 224.

[3]) ibidem S. 234.

der einen kleinen Abänderung, daß die erste Beschwerde gleich an die kurfürstlichen Räte gehen sollte. In einer weiteren Verordnung vom 21. Mai 1713, „betr. die Verbesserung des Justizwesens“ wurden nochmals die Grundsätze des Rezesses vom 11. Juni 1611 in wesentlich gleichem Sinne ausgesprochen und auf das ganze brandenburgisch-preußische Gebiet ausgedehnt: auch materiell-rechtliche Bestimmungen finden sich in dieser Verordnung, indem sie die Fälle, wo der Beamte „intuitu officii“ belangt wird, zu den schwerwiegenderen Sachen rechnet, diejenigen dagegen, wo er „alia actione personali“ als ex mutuo oder auch actione reali belangt wird, oder in criminalibus, wann er extra officium ein delictum commune begeht, zu den leichteren und geringfügigeren [1]).

III. Als unter der Regierung Friedrich Wilhelms I. im Jahre 1723 die Amtskammern mit den Kriegskommissariaten zur Vermeidung der zwischen beiden Behörden wegen der Zuständigkeit geführten Streitigkeiten zu Kriegs- und Domänenkammern vereinigt worden waren, wurde durch ein Patent vom 24. Januar desselben Jahres der Grundsatz, daß Überschreitungen der Amtsbefugnisse der Beamten vor den Kammern zu verfolgen seien, für die Kriegs- und Domänenkammern ausgesprochen und gleichzeitig insofern eingeschränkt, als alle Klagen gegen Beamte wegen Amtsvergehen vor diejenige Kriegs- und Domänenkammer gebracht werden mußten, von der der betreffende Beamte ressortierte d. h. also vor die vorgesetzte Dienstbehörde des Beamten.

Diese Bestimmung blieb auch noch unter der Regierung Friedrichs des Großen: alle Amtsvergehen der Verwaltungsbeamten, auch die Disziplinarsachen, kamen vor die zuständigen Kriegs- und Domänenkammern, die man als Verwaltungsbehörden, mit gewissen jurisdiktionellen Befugnissen ausgestattet, anzusehen hat. Die Tätigkeit der Kriegs- und Domänenkammern war in den Fällen ausgeschlossen, wo einzelne Behörden das Recht hatten, die unteren Beamten zu bestrafen: ein solches Recht stand z. B. den Post- und Accisebehörden nach dem Reglement v. 24. Nov. 1733 und nach der Kammergerichtsordnung von 1709 zu [2]).

---

[1]) vgl. die näheren Ausführungen bei Anonymus S. 18.

[2]) vgl. Nadbyl S. 819—822, Stieve Bd. III S. 48, und Loening, Verwaltungsarchiv Bd. III S. 510 ff.

IV. Aber Friedrich der Große war es doch, welcher als erster den Schritt tat, gewisse Arten von Beamten wegen Amtsvergehen vor collegial organisierte Gerichte zu stellen: die leicht ersichtlichen Gründe mögen hier unerörtert bleiben. So kamen die Steuerbeamten vor die Steuergerichte: die letzteren wurden nach französischem Muster gleich nach Beendigung des siebenjährigen Krieges bei der damals erfolgenden Neuordnung der indirekten Steuern eingerichtet. Für die Lotteriebeamten wurde das nach Einführung der Lotterie 1763 errichtete Lotteriegericht zuständig, für die Tabaksbeamten die nach Einführung des Tabaksmonopoles 1765 errichteten Tabaksgerichte zu Berlin, Breslau, Cleve, Küstrin, Magdeburg, Minden und Stettin. Die Accise- und Zollbeamten hatten sich wegen Amtsvergehen vor den durch das Reglement für Accise- und Zollgerichte vom 11. Juni 1772 in Berlin. Breslau, Cleve, Glogau, Halberstadt, Königsberg, Küstrin, Magdeburg und Stettin eingerichteten Accise- und Zollgerichten zu verantworten, und die Bergbeamten vor den Berggerichten, welche durch die Bergordnungen von 1766 (für Kleve, Mark und Mörs) 1769 (für Schlesien), 1772 (für Magdeburg und Halberstadt) eingeführt wurden. Kleine Änderungen in dieser Verteilung ergaben sich durch die Justizreform Carmer's, indem das Edikt vom 1. März 1783 die Amtsvergehen der Accise- und Zollbeamten sowie die der Tabaksbeamten zur Aburteilung vor die vereinigten Provinzial-Regiegerichte brachte und ein Patent vom 19. Oktober 1787 für die Amtsvergehen der Berg- und Hüttenbeamten die Berg- und Hüttendeputation zu Berlin als zur Entscheidung berufenes Gerichtscollegium nannte.

V. Nachdem dieser erste Schritt getan war, brauchte man verhältnismäßig nicht allzulange auf die Weiterverfolgung des einmal aufgestellten Prinzipes zu warten: durch die Verordnung „wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden“ vom 26. Dezember 1808 kamen endgültig die Amtsvergehen sämtlicher Beamten vor die ordentlichen Gerichte, indem sämtliche Angelegenheiten des richterlichen Amtes innerhalb des Kammerressorts ausnahmslos den kompetenten Gerichten überwiesen wurden. Durch diese Verordnung wurde auch die Scheidung zwischen Verwaltung und Rechtspflege in Preußen durchgeführt. Da dies die wesentlichste Voraussetzung zur Er-

hebung des Konfliktes ist, so wurden also durch diese Verordnung dem Konflikt in seiner heutigen Gestalt die Wege geebnet[1]): das war der Boden, auf dem er sich entwickeln konnte.

§ 5. Einfluss der französischen Gesetzgebung[2]).

Während erst im 19. Jahrhundert in Preußen die Lehre von der Trennung der Gewalten, die die Voraussetzung für die Entwicklungsmöglichkeit des Konflikts bildet, sich eingebürgert hat, war Frankreich das Land, wo schon seit der Revolution grundsätzlich zwischen Justiz und Verwaltung, diesen beiden großen Zweigen der Staatstätigkeit, unterschieden wurde. Frankreich war demnach auch das Land, wo die ersten Anfänge des Konflikts zu finden sind.

Die Wurzeln des Konfliktes in seiner heutigen Gestalt sind die sog. „garantie constitutionelle," bestehend in der admission préalable[3]), und das droit d'évocation. Auf sie geht dem Gedanken und der historischen Entwicklung nach der Konflikt als staatsrechtliche und als prozessuale Maßregel zurück.

I. Die sogenannte garantie constitutionelle, um mit dieser zu beginnen, verdankt ihre Entstehung einem Grundsatze des älteren französischen Rechtes, wonach es im Interesse der Verwaltung liegen sollte, unter allen Umständen jede gerichtliche Verfolgung eines Beamten zu verhindern, selbst wenn er ganz offensichtlich sich nicht innerhalb des ihm gesetzlich vorgeschriebenen Kreises

---

[1]) vgl. Loening, im Verw.-Archiv Bd. II S. 217—289 und S. 437—473 und Bluntschli a. a. O.

[2]) vgl. Loening's eingehende Darstellung der „französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit" (in Hartmanns Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis Band 5 und 6 1879). Diese im Verein mit Otto Mayer's tiefgehender Arbeit über die „Theorie des französischen Verwaltungsrechtes" 1886 ermöglicht ein Verständnis der historischen Entwickelung des Konfliktes, ohne zu einem Zurückgreifen auf die französischen Quellen — wenigstens für unsere Zwecke — gerade zu nötigen. Ergänzend mag in dieser Richtung auf den Aufsatz „Conflit" in Block-Maguéro's „Dictionnaire de l'administration française" verwiesen sein. Lehrreich für die Auffassung französischer Juristen ist auch Perlmann's Studie über die Entwickelung der Entschädigungstheorie in Frankreich (Bd. 34 S. 65 ff. von Grünhut's Zeitschrift) unter Anlehnung an Harriou's „La gestion administrative."

[3]) vgl. Thilo S. 228. — Fälschlich nennt Walter Hagens die autorisation préalable du Conseil d'État einfach „Konflikt" (S. 386 f.)

gehalten hatte, als er die Tat beging, die zur Klage Veranlassung gab[1]).

1. Der Grundsatz der Teilung der Gewalten war der Verwirklichung dieses Gedankens förderlich und er führte eben jene eigenartige Einrichtung, die garantie constitutionelle, herbei. Napoleon I., der Schöpfer der großen Gesetzgebung des Jahres VIII, nämlich bestimmte in Art. 75 der Constitution vom 22. frimaire des Jahres VIII, es solle nur dann möglich sein, Vollzugsbeamten der Verwaltung wegen Handlungen, die sie bei Ausübung ihres Amtes begangen hätten, vor Gericht zu ziehen, wenn der Verletzte oder der Staatsanwalt die Genehmigung des Staatsrates nachweisen könnten[2]): „Les agens du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leur fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'état: en ce cas[3]), la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires."

In dieser seiner Fassung bildete Art. 75 die Weiterbildung und endgültige Formulierung des Satzes, der sich nicht nur im Gerichtsv.-Ges. v. 1790 findet, sondern der auch noch enthalten ist in Art 61 des Ges. v. 14. Dezember 1789, Art. 7. Abschn. III des Ges. v. 22. Dezember 1789, Art. 13, Tit. II des Ges. 16. August 1790; No. 2 des Dekrets 7. Okt. 1790; Art. 3,5 Verf. v. 3. IX. 1791; Art. 203 Verf. v. 3. fructidor III und in der Verordn. v. 2. germinal V. Dies ist das beste Zeichen dafür, daß die Ansicht, Napoleon I. habe mit der Gesetzgebung des Jahres VIII eine vollständig neue Institution geschaffen, irrig ist: vielmehr lehnte sich Napoleon sehr eng an die Einrichtungen des ancien régime an, indem er diese allerdings teilweise umgestaltete und ihnen Formen gab, wie sie mit Rücksicht auf die Revolution wünschenswert erscheinen mußten[4]).

Man lernt die garantie constitutionelle genauer kennen, wenn man Art. 75 der Constitution vom 22. frimaire VIII und seine Schicksale näher betrachtet.

---

[1]) vgl. Nadbyl S. 818 f.

[2]) Vergl. Rondonneau p. 572.

[3]) d. h. nach vorausgegangener genehmigender Entscheidung, vgl. Michaelis S. 12.

[4]) Vgl. Althoff-Förtsch, zu Art. 75 sowie Löning in Hartmanns Zeitschrift Bd. 5. S. 337 ff.

Artikel 75 bedeutete nämlich mit seiner Bestimmung insofern einen tiefen Eingriff in die Rechtsprechung, als die Verfolgung der Beamten wegen der auf ihr Amt bezüglichen Handlungen unbedingt an die décision des Staatsrates gebunden war und jedes Urteil unweigerlich nichtig war, welches von den ordentlichen Gerichten gefällt war, ohne daß die vorherige décision des Staatsrates vorlag.

Und nicht genug mit der Nichtigkeit des Urteils: der Richter, der die erwähnte Vorschrift nicht beachtet hatte, wurde gemäß Art. 127, Code pénal, weil er in die Tätigkeit der pouvoir administratif eingegriffen hatte, wegen „forfaiture" bestraft. Zunächst war es allerdings nicht gesetzlich festgelegt, daß das Fehlen der décision Nichtigkeit herbeiführen sollte, sondern dieser Grundsatz war nur von der Praxis ausgebildet worden: erst die französische Ordonnanz v. 1. VI. 1828 brachte in Art. 3 die gesetzliche Festlegung dieses Grundsatzes. Sie stellt den Mangel der Autorisation seitens der Regierung dem Mangel der einzelnen Erfordernisse gleich, die vor der Anstellung der Klage von den Rechtsuchenden bei den Administrativstellen hätten beobachtet werden sollen, stellt also diese Einholung als ein grundlegendes Erfordernis des Prozeßverfahrens hin.

Damit ist gesagt, daß die Gerichte von Amtswegen prüfen müssen, ob die Voraussetzungen zur Anwendung des Art. 75 vorliegen [1]), und erst so rechtfertigt sich wirklich die Bezeichnung „garantie constitutionelle."

Die Frage, wer gemäß Art. 75 unter „agents du Gouvernement" zu rechnen ist und ob vielleicht dieselben Beamten, wie jetzt bei uns, wird in der Litteratur nicht gleichmäßig beantwortet [2]). Insofern ist man sich jedoch einig, daß der Ausdruck sich nur auf Verwaltungsbeamte bezieht und nicht mit auf die Justizbeamten, die fonctionnaires de l'ordre judiciaire, d. h. Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsschreiber und Beamte der gerichtlichen Hülfspolizei [3]). Daß die Richter ausgeschlossen sind,

[1]) Vgl. Förtsch, S. 345 ff. und Freund Abschn. 2 Kap. 2. § 1.

[2]) Vgl. Förtsch, S. 346 und Leoni in Marquardsen's Handbuch S. 251—52.

[3]) Vgl. O. Mayer, Theorie des franz. Verwalt.-Rechts § 16 und Block, Art. „Conflit."

geht schon daraus hervor, daß für sie durch Art. 74 besondere Vorschriften getroffen sind:

„Les juges civils et criminels sont, pour les délits rélatifs à leurs fonctions, poursuivis devant les tribunaux auxquels celui de cassation les renvoie après avoir annulé leurs actes."

Aber auch nicht ganz allein Verwaltungsbeamte fallen unter den Begriff „agents du Gouvernement", sondern ohne Zweifel auch solche Personen, die, ohne der Beamtenhierarchie anzugehören, für den Staat Verwaltungsgeschäfte verrichten [1]), während der Zeit ihrer Tätigkeit. Einen einigermaßen faßbaren Begriff von den agents d. G. können wir uns bilden aus den Worten des Generaladvokaten am Pariser Apellhofe:

„Il faut d'abord, que le fonctionnaire reçoive son titre de la loi même, au deuxième lieu, qu'il y ait un droit d'initiative, une action personnelle et non un simple droit de surveillance ou de délibération, enfin, qu'il exerce sa fonction au nom même du Gouvernement."

Also es müssen solche Beamte sein, die unbedingt abhängig von der höchsten Regierungsgewalt in einem dem Gouvernement zu leistenden Dienstzweig, z. B. in der Verwaltung der staatlichen Forsten, beschäftigt sind: und zwar ist erforderlich, daß sie in dieser Stellung selbständig sind und eine führende Rolle als Dienstvorgesetzter oder dergl. haben.

Es gehören demgemäß dahin solche Beamte, wie die Präfekten, Unterpräfekten, Generalsekretäre der Präfekturen, Bürgermeister und Polizeikommissare (soweit die beiden letztgenannten als Verwaltungsbeamte handeln) und dergl. [2])

Werden die Bürgermeister und Polizeikommissare z. B. als gerichtliche Hülfspolizeibeamte tätig, so gehören sie, weil es sich ja dann um Handlungen dreht, die sich nicht auf ihre Eigenschaft als Verwaltungsbeamte beziehen, nicht zu den agents du Gouvernement.

Weiter gehören nicht dazu die Militärpersonen, die Organe der Selbstverwaltung, die nur im inneren Dienst tätigen Beamten

---

[1]) Vergl. die eingehenden Ausführungen von Freund Abschn. II Kap. 2 § 1: ferner O. Mayer, Theorie des franz. Verw.-Rechts § 16.

[2]) Vergl. Förtsch S 347., Hauser S. 7 und Leoni a. a. O., sowie Lippmann, S. 466.

der Verwaltungsbehörden, welche nicht Anteil an der Machtbefugnis dieser Behörden haben, sowie schließlich sämtliche niederen unselbständigen Beamten.

Ausdrücklich ausgenommen sind endlich, obgleich sie sonst allen Bedingungen genügen würden, die Beamten, welche der Verwaltung der indirekten Steuern[1]) und des octroi angehören: sie sollen dem gemeinen Recht unterliegen. (vgl. Art. 144 Ges. v. 8. XII. 1814 und Art. 244 Ges. v. 28. V. 1816)[2]).

Auf der anderen Seite blieb jedoch der Staatsrat nicht die einzige Behörde, die befugt war, die décision zu erteilen. Mit der Zeit bekam nämlich dieselbe Befugnis der Generaldirektor des Enregistrements und der Generaldirektor der Generalverwaltung der Briefpost, beide durch Verordnung v. 9. pluviose X, bezüglich der ihnen unterstellten Beamten; ebenso der Präfekt bezügl. der Steuerempfänger durch Verordnung v. 10. floréal X und der Generaldirektor der Zölle für seine Untergebenen durch Verordnung vom 29. thermidor XI, dann der Generalforstverwalter bezügl. der Forstbeamten (28. pluviose XI), der Generalmünzverwalter bezügl. der Münzbeamten (10. thermidor XI.), der Generaldirektor der Maut bezügl. der Mautbeamten (29. thermidor XI) und der Generalverwalter bezügl. der Angestellten der Pulver- und Salpeterverwaltung (28. Februar 1806)[3]). Alle diese konnten wohl die Ermächtigung erteilen, dagegen nicht sie auch verweigern. Dazu blieb einzig und allein der Staatsrat berechtigt.

Art. 75 sollte naturgemäß Anwendung finden auf civil- wie auf strafrechtliche Verfolgungen der Beamten. Zur Ausführung der Bestimmungen dieses Artikels in Bezug auf die strafrechtliche Verfolgung erging noch ein Dekret vom 9. VIII. 1806, welches eine Information seitens der richterlichen Behörden für zulässig erklärte. Art. 3 dieses Dekrets bestimmt:

„La disposition de l'article 75 de l'acte constitutionel de l'an VIII ne fait point obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements

---

[1]) Über die Eigentümlichkeit der abweichenden Behandlung des Rechts der indirekten Steuern von dem der direkten Steuern vergl. Walter Hagens (Archiv für öffentl. Recht) Bd. 17 S. 381.

[2]) Leoni a. a. O., und Althoff-Förtsch a. a O.

[3]) Förtsch S. 465 f. und Freund S. 389.

relatifs aux délits commis par nos agents dans l'exercice de leurs fonctions; mais il ne peut être, en ce cas, décerné aucun mandat ni subi aucun interrogatoire juridique sans l'autorisation préalable du gouvernement".

Also auch der Untersuchungsrichter kann sich mit der Angelegenheit befassen, nur darf er keinen Haftbefehl erlassen und auch kein richterliches Verhör veranstalten. Dagegen darf man wohl annehmen, daß der Untersuchungsrichter den Beamten veranlassen konnte, sich schriftlich zu äußern, oder daß er sich auch privatim mit ihm über die Angelegenheit aussprechen konnte[1]).

2. Die Geltungszeit des Art. 75 war eine ziemlich lange, weswegen auch seine Einwirkung auf Preußen und andere deutsche Staaten[2]) überaus intensiv sein konnte.

Allerdings wurde in der Folgezeit die Weitergeltung des Art. 75 des Öfteren stark in Zweifel gezogen[3]). So behauptete man eine Zeit lang, er sei durch folgende Bestimmungen des Art. 68 der charte v. 4. II. 1814:

> „Les lois actuellement existantes, qui ne sont pas contraires à la présente charte, restent en vigueur, jusqu' à ce qu'il y soit légalement dérogé"

außer Kraft gesetzt. Man nahm nämlich an, daß die Einschränkung der Verfolgbarkeit der Beamten eben im Gegensatz zu den Bestimmungen der charte stehe und sich mit deren Tendenzen nicht vereinigen lasse, mithin abgeschafft sei.

Die beiden obersten Behörden aber, der Staatsrat und der Kassationshof, hielten streng und hartnäckig an Art. 75 fest, und so blieben seine Bestimmungen im Gebrauche. Einen zweiten mißglückten Anlauf stellte der Gesetzentwurf vom Jahre 1835 dar, der zur Aufgabe hatte, die garantie constitutionelle der Beamten völlig auszumerzen. Bei der Beratung jedoch fand dieser Gesetzentwurf keinen Anklang, da man damals noch im Gegensatz zur späteren Zeit den Art. 75 als Ausfluß des Grundsatzes der Trennung der Gewalten ansah, mithin in ihm die Garantie der bürgerlichen

---

[1]) Vgl. Freund a. a. O.

[2]) Nämlich Elsaß-Lothringen, Bayern und Hessen. Näheres vgl. Teil III.

[3]) Vgl. Förtsch, S. 345 und Freund, S. 389.

Freiheit erblickte. Noch ein drittes Mal, und zwar infolge der republikanischen Gesetzgebung im Jahre 1848, erhoben sich Bedenken gegen die Weitergeltung des Art. 75: die Rechtsprechung jedoch beseitigte diese Zweifel, und so blieb der Artikel in Kraft vom 22. frimaire VIII. (13. Dezember 1799) bis 19. September 1870. Am letztgenannten Tage jedoch wurde Art. 75 durch ein Dekret in Frankreich aufgehoben. Art. 1 dieses Dekrets lautete:

„L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre".

Es wurden also auch alle sonstigen Bestimmungen, welche die Verfolgung seitens der Gerichte gegen die öffentlichen Beamten beschränkten, mit aufgehoben, und das genannte Dekret behält sich nur noch vor, wenigstens Bestimmungen gegen den Mißbrauch der Verfolgung der Beamten zu treffen[1]).

Ganz plötzlich wurde so einer ganz andern grundlegenden Auffassung Raum gegeben: und diese Auffassung war die, daß die bloße admission préalable im Gegensatz zur früheren Rechtsanschauung nicht als Folge der Trennung der Gewalten anzusehen sei. Die französische Gesetzgebung gab also den Worten Dareste's Recht[2]):

„La garantie des fonctionnaires publics n'est même pas une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, car si le jugement d'un procès de ce genre soulève une question administrative, le conflit peut toujours être élevé",

indem sie sich sagte, daß ja wegen Mangels der staatlichen Genehmigung zur Verfolgung des Beamten niemals ein Konflikt erhoben werden könne, während dies zulässig sei über die Frage der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit, wenn auf die gerichtliche Verfolgung des Beamten hin sich ein verwaltungsrechtlicher Streitpunkt erhebt[3]).

---

[1]) Vgl. Althoff-Förtsch, zu Art. 75: Förtsch S. 345, sowie die Reden des Abg. Reichensperger und des Reichskanzleramtsdirektors v. Amsberg in Hahn, Materialien S. 1461, 1463 u. 1464.

[2]) Dareste p. 520.

[3]) Vgl. auch Hauser, Bd. IV, S. 282—283, Anm. 27 und Bd. V, S. 7, sowie den Schluß dieses Paragraphen.

Dieser Umschwung in den Auffassungen kam jedoch zu spät, als daß davon Preußen noch beeinflußt worden wäre: vielmehr war das ältere preußische Recht von der garantie constitutionelle vollkommen beherrscht, sodaß diese tatsächlich zum Vorbilde bei der Konfliktsgesetzgebung wurde [1]).

II. Oben ist noch von einer zweiten Wurzel des Konfliktes gesprochen. Zu dieser kommen wir auf folgende Weise: §§ 1 und 2 des Ges. v. 13. Februar 1854 lassen auf das Konfliktsverfahren das Gesetz „über das Verfahren bei Kompetenzkonflikten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden" vom 8. April 1847 (G.S. S. 170) Anwendung finden, sodaß das letztgenannte Gesetz zu einem Bestandteil des erstgenannten wird. Dieses Gesetz von 1847 nun regelt das Verfahren bei K. K. d. h. bei dem echten K. K., vornehmlich im Anschluß an das französische Recht [2]), ja stellenweise wurden französische Vorschriften einfach übernommen, gleichgültig, ob sie auf die preußischen Verhältnisse paßten oder nicht.

Dadurch erklären sich manche Eigentümlichkeiten der preußischen Gesetzgebung gerade hinsichtlich des K. K. Hauptsächlich geht aber das Gesetz von 1847 zurück auf das im franz. Recht sehr entwickelte und häufig zur Anwendung gebrachte droit d'évocation, auf Grund dessen die Verwaltungsbehörden bei K. K. jede Streitsache vom Forum des Gerichtes weg und an sich ziehen konnten, wenn sie vermeinten, daß ihre Interessen dies rechtfertigten, ein Verfahren, für welches Dareste die spöttischen Worte hat [3]):

> . . . . „l'administration au dix-huitième siècle savait soustraire ses agents aussi bien que ses actes à la juridiction des tribunaux ordinaires."

Das droit d'évocation ist später weggefallen und durch die oben erwähnte garantie constitutionelle ersetzt worden [4]). Als Wurzeln des preußischen Konfliktes bestehen aber beide Institute nebeneinander. Diese französich-rechtlichen Bestimmungen unterschieden

---

[1]) Vgl. Nadbyl S. 818 f. u. G. Meyer, Staatsrecht S. 472.

[2]) Vgl. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 346 u. Bornhak, Preuß. Staatsrecht Bd. II, S. 487.

[3]) Dareste, p. 516.

[4]) O. Mayer, Theorie des franz. Verwalt.-Rechts § 18.

sich wesentlich von den preußischen dadurch, daß ihre äußere Form ein Verbot an die Gerichte war, die betr. Angelegenheit vor ihr Forum zu ziehen, also negativer Natur war.

Auch noch nach der Revolution blieb das den französischen Verwaltungsbehörden durch das droit d'évocation gewährte Selbstbestimmungsrecht ihrer Kompetenz bestehen, und zwar aus politischen Gründen, weil man die Gerichte auf politischem Gebiete nicht für ganz einwandfrei hielt. Nach außen hin konnte man diese Maßnahmen sehr bequem mit dem Hinweis auf das Princip der Trennung der Gewalten rechtfertigen. Das règlement pour l'organisation du Conseil d'État vom 5. nivôse VIII, welches Besserungen schaffen sollte, gab den Verwaltungsbehörden die Möglichkeit, den Konflikt zu erheben, außer in Strafsachen. Das hatte zur Folge, daß die gerichtliche Verfolgung vom Forum des Gerichtes weggezogen und die Entscheidung einer Abteilung des Conseil d'État, dem comité du contentieux, übergeben wurde. Da aber die französischen Verwaltungsbehörden vom Ministerium abhängig waren und auch durch das neue Reglement den Gerichtsbehörden nicht die gleiche Befugnis erteilt war, wie den Verwaltungsbehörden, so bedeutete das règlement gar keine Änderung, sondern lediglich eine neue gesetzliche Formulierung der alten Einrichtung.

III. Wenn, wie oben [1]) gesagt, Preußen überhaupt französische Bestimmungen [2]) nachahmte, dann hätte es auch weitergehen und überhaupt die ganze Ordonnanz vom 1. VI. 1828 aufnehmen können: dann hätte es den Vorteil gehabt, daß ein bei weitem nicht so schwerfälliges Verfahren galt, welches außerdem den modernen Normen des Prozesses entsprach. Während nämlich das Konfliktsverfahren in Frankreich öffentlich war, wurde in Preußen in geheimer Sitzung auf schriftlichen Vortrag hin beraten!

Die preußische Gesetzgebung ist allerdings auch nicht urteilslos an die französisch-rechtlichen Bestimmungen herangegangen, sondern hat aus ihnen gelernt. Und der Schüler ging über den Meister: die preußische Gesetzgebung überflügelte die französische rasch, kam ihr zuvor, indem sie durch das Gesetz vom 13. II. 54 an die Stelle der Genehmigung einer Verwaltungsbehörde die

[1]) Vgl. § 2.

[2]) Nämlich Art. 3 der ordonnance vom 1. Juni 1828.

Vorentscheidung eines Gerichtshofes setzte. Erst 1870 wurde eine ähnliche Änderung auch in Frankreich eingeführt, indem an Stelle des Art. 75 der Verf. v. 22. frim. VIII das schon oben erwähnte Dekret vom 19. IX. 1870 trat, wodurch die Gerichte zur Verfolgung von Beamten zuständig gemacht wurden. Da nun die französischen Gerichte nie die Befugnis haben, Staatsakte selbstständig zu beurteilen, so müssen sie, wenn sie einmal auf einen Staatsakt stoßen, der auszulegen ist, die Vorentscheidung des Conseil d'État resp. des Tribunal des conflits einholen[1]).

§ 6. Vorgeschichte des Konfliktes bis zum Jahre 1848.

I. Zum ersten Male wurde die vorhergehende Genehmigung der Behörde bei Amtsvergehen als notwendiges Erfordernis festgelegt für die fiskalische Untersuchung wegen geringerer Amtsvergehen d. h. solcher, wo nur auf poena pecuniaria oder Gefängnis erkannt zu werden pflegt, nicht auf poena capitalis[2]). Der Fiskal hatte die leichteren Vergehen in einem dem Civilprozeß sehr ähnlichen Verfahren zu verfolgen, wobei die delicta leviora eben nicht als Kriminalsachen im eigentlichen Sinne aufgefaßt wurden: ein summarisches Verfahren „praevia citatione" sollte hierbei maßgebend sein.

Nachdem schon durch den sog. Codex Fridericianus Marchicus, um einem allzugroßen Übereifer der Fiskale zu steuern, bestimmt worden war, daß die Fiskale in Prozessen wegen Domänen und Regalien zum Beginn ihres fiskalischen Prozesses die schriftliche Genehmigung des Collegiums, zu dessen Departement die Sache gehörte, haben müßten, wurde es bei der Revision der Prozeßordnung allgemein für angemessen befunden und lebhaft befür-

---

[1]) Einwirkungen der franz. Gesetzgeb. in einzelnen Fällen auf preuß. Vorschriften sind bei Besprechung dieser Einzelvorschriften dargestellt.

[2]) vgl. Rescript Friedrich Wilhelms I. 18. Jan. 1736 und Codex Frid. Marchicus v. 1748 Teil IV, Titel V, § 12. — Der Fiskal fungierte bei den Gerichten als Vertreter der fiskalischen Interessen des Landesherren. Seine Entstehung verdankt er dem Wunsche des Landesherren, die Einkünfte seiner Regalien, unter denen gerade das Gerichtsregal eines der ertragreichsten war, ungeschmälert zu bewahren. (Vgl. Isaacsohn, Geschichte des preuß. Beamtentums vom Anfang des 15. Jahrh. bis auf die Gegenwart. Berlin 1874 Bd. 1 S. 217 ff.)

wortet, daß ein Fiskalis in keinem Falle ohne einen solchen schriftlichen Ausweis prozessieren dürfe.

Diese Bestimmung fand, nur wenig modifiziert, Aufnahme in den Entwurf des Corpus iuris Fridericianum, wobei jedoch scharf unterschieden wurde zwischen fiskalischen Civilprozessen und fiskalischen Untersuchungen wegen strafbarer Handlungen. Während nämlich die ersteren immer noch stattzufinden hatten bei delicta leviora, sollten letztere auch Platz greifen bei „Verbrechen königlicher Bedienter höheren oder niederen Ranges in Ansehung ihrer Dienstpflichten, sofern sie nicht unter ein schwereres Verbrechen gehören, welche mit mehrjähriger Gefängnis-, Zuchthaus- oder Festungsstrafe oder gar an Leib und Leben geahndet werden müssen." Auch die fiskalischen Untersuchungen wegen strafbarer Handlungen fanden in einem civilprozeßartigen Verfahren statt, in diesem Falle allerdings mit dem Unterschiede, daß der Fiskalis im Gegensatz zu früher, wo er sich die Genehmigung zu holen hatte, einen Auftrag des vorgesetzten Collegiums oder derjenigen Behörde abzuwarten hatte, welche in diesem Falle zuständig war.

Dabei ist zu bemerken, daß gemäß den Materialien zur Allgemeinen Gerichtsordnung Zuständigkeit bei derjenigen Behörde vorlag, welche die Direktion und Aufsicht in denjenigen Angelegenheiten hatte, gegen die das Vergehen sich richtete.

II. Diese Bestimmungen erhielten auch Aufnahme in das Corpus iuris Fridericianum von 1781 (II, 11 §§ 4 ff.) und in die Allgemeine Gerichtsordnung (I, 35, §§ 34 ff.). Naturgemäß wurde dadurch nicht ausgeschlossen, daß auch im Disziplinarwege Warnung, Verweis und geringe Geldstrafen gegen die Beamten von seiten der Präsidenten der Kammern und Gerichte zur Anwendung gebracht werden konnten. Im Gegensatz aber zur AGO. stellte das ALR. sämtliche Beamten unter das allgemeine Recht (Teil II, Titel 10 §§ 85—91) und ordnete keine Beschränkung des Verfahrens gegen Beamte an[1]), sodaß hier ein Widerspruch zwischen AGO. und ALR., die neben einander galten, bestand. Die Bestimmungen des ALR. aber entsprachen am ehesten der deutschen Rechtsanschauung.

---

[1]) vgl. hierzu Loening im Verw.-Archiv Bd. 3, S. 510 ff. — 577; ferner Hahn, Materialien, S. 1465 und v. Rönne S. 509.

III. Schon in der nächsten Zeit wurden jedoch wieder andere Bestimmungen getroffen: maßgebend wurde nämlich vor allen Dingen § 47 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden, durch den die Bestimmungen des ALR. betreffend die Verfolgbarkeit der Beamten wegen Amtsvergehen, wenn auch äußerlich nur in ganz geringem Umfange, so doch hinsichtlich ihrer Wirkung ziemlich nachhaltig eingeschränkt wurden. Die hier interessierenden Stellen des § 47 lauten folgendermaßen:

„Wenn gegen einen den Regierungen untergeordneten Offizianten Regreß- und Injurienklagen aus Veranlassung seines Amtes angebracht oder gegen Kassenbediente des Regierungsressorts Geldforderungen eingeklagt werden oder gegen Regierungsoffizianten eine fiskalische oder Kriminaluntersuchung eingeleitet werden soll, so muß das Gericht solches sogleich von Amtswegen der betr. Regierung bekannt machen . . . .

Untersuchungen gegen Regierungsoffizianten über bloße Dienstvergehungen können die Gerichte nicht anders als auf einen vorher ergangenen Antrag der betr. Regierung einleiten, es wäre denn mit dem Vergehen ein solcher Exceß verbunden, der den Täter, auch wenn er nicht Offiziant wäre, schon der Beahndung der Gesetze schuldig macht.“

Dieser Paragraph wurde für die nächstfolgende Zeit insofern bestimmend, als er wörtliche Aufnahme fand in § 36 der „Anweisung für die Gerichte und Regierungen in den Rheinprovinzen über die bis auf anderweite Verordnung zu beobachtenden Grenzen ihrer gegenseitigen Amts-Befugnisse“ (sog. Rheinisches Ressort-Reglement) vom 20. Juli 1818, und als auch § 49 des unterm 4. Februar 1815 publizierten Anhanges zu Teil I, Titel 6 § 8 der Allgemeinen Gerichtsordnung ihm entnommen wurde [1]. § 49 bestimmte nämlich, daß,

„wenn gegen einen der Regierung untergeordneten Offizianten Regreß- und Injurienklagen aus Veranlassung seines Amtes angebracht werden, das Gericht davon der betr. Regierung sogleich Nachricht geben solle.“

---

[1] vgl. v. Rönne, Ergänzungen u. s. w., Bd. 3. S. 156.

§ 47 fand weiterhin Aufnahme in § 252 des Anhanges zu Teil I, Titel 35, § 34 der Allgemeinen Gerichtsordnung in den Worten, daß

„die Gerichte Untersuchungen gegen Regierungsbeamte über bloße Dienstvergehen nicht anders, als auf einen vorhergegangenen Antrag der betreffenden Regierung einleiten können, es sei denn, daß mit dem Vergehen ein solcher Exceß verbunden wäre, der den Täter, auch wenn er nicht Beamter wäre, schon der Beahndung der Gesetze schuldig machte."

Die Tätigkeit der Regierung bei diesem Verfahren wurde noch durch § 254 des Anhanges zu Teil I, Titel 35, § 34 der Allgemeinen Gerichtsordnung dahin präzisiert, daß

„die Regierung die Befugnis haben solle, dergleichen Vergehen vorläufig zu untersuchen und die Strafe festzusetzen; daß jedoch der Angeschuldigte auf rechtliches Gehör zu provozieren berechtigt sein und daß dann die Sache an das betreffende Obergericht gelangen solle."

Damit war für die civilrechtliche Verfolgung von Beamten bestimmt, daß die vorgesetzte Dienstbehörde des Beamten eine sofortige Benachrichtigung erhalten solle, wenn derselbe wegen Zuwiderhandlungen bei Ausübung seines Amtes gerichtlich in Anspruch genommen werden würde. Der einzige Zweck dieser Bestimmung war, — wie dies auch die §§ 101—103 und 239 des Anhanges zur Allgemeinen Gerichtsordnung erklären — der betreffenden fiskalischen Station, von welcher der Beamte ressortierte, Gelegenheit zu geben, den ganzen Fall eingehend zu prüfen. Darauf sollte sie dann etwa in Frage kommende amtliche Verhältnisse zur Sprache bringen, die Gerichte auf diese, soweit sie das Handeln des Beamten entschuldigen konnten, aufmerksam machen und sich über diese wie über die ganze Lage des Falles überhaupt noch vor der gerichtlichen Verfolgung gutachtlich äußern. Des weiteren bestimmten noch die ebenfalls der Verordnung vom 26. XII. 1808 entnommenen §§ 101 des Anhanges zu Teil I Titel 12 § 20 der Allgemeinen Gerichtsordnung und §§ 102 und 103 des Anhanges zu Teil I Titel 13 § 8 der Allg. Ger. Ordn., daß die Gerichte von der Regierung oder dem Justizminister ein Gutachten einholen und sich hiernach als nach einem „consultativen Votum" richten sollten für den Fall, daß in Prozessen

Bestimmungen über militärische Verfassung oder sonstige militärische Dienstverhältnisse in Frage kommen oder solche, welche die Landesverfassung, Polizei- und Gewerbekunde, Staatswirtschaft und Staatsverwaltung berühren und nicht recht klar durch Gesetze präzisiert sind[1]).

IV. Die in Art. 75 der Verfassung vom 22. frimaire des Jahres VIII (13. Dezember 1799) enthaltene Bestimmung des französischen Rechtes, wonach auch zu civilrechtlichen Klagen gegen Beamte wegen Schadensersatzes die vorherige Ermächtigung des Conseil d'Etat erforderlich ist, wurde durch § 38 des Rheinischen Ressort-Reglement aufgehoben.

Was die Verfolgung der Beamten wegen Zuwiderhandlungen in Ausübung ihres Amtes auf dem Wege des Strafprozesses anlangt, so hatte die Verordnung vom 26. XII. 1808, wie oben gezeigt, eine vorgängige Prüfung und Beschlußfassung und dementsprechend einen Antrag seitens der vorgesetzten Dienstbehörde für erforderlich erklärt. Diese Bestimmung findet sich auch in § 252 des Anhanges zu § 34 der Allgemeinen Gerichts-Ordnung I, 35.

In Wiederholung dieser Bestimmungen setzte dann § 36 des rheinischen Ressort-Reglements vom 20. VII. 1818 fest, „die Gerichte sollten eine Untersuchung gegen Verwaltungsbeamte wegen Verbrechen oder Vergehen im Dienste nur auf Antrag der betreffenden Regierung einleiten können." Diese Bestimmung schuf für die Rheinprovinz nichts Neues, denn der dort geltende, schon oben (§ 5) erwähnte Art. 75 der Konstitution vom 22. frimaire des Jahres VIII hatte ja auch die Ermächtigung der Verwaltung für die gerichtliche Verfolgung der „agens du Gouvernement" wegen der auf ihr Amt sich beziehenden Handlungen für erforderlich erklärt. Im Gegensatz zu den Bestimmungen des Art. 75 über die civilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten wurde also auf diese Weise den Bestimmungen dieses Artikels über die strafrechtliche Verfolgbarkeit eine dauernde Geltung gesichert.

V. Eine Änderung all dieser Vorschriften brachte die Kabinettsordre vom 3. August 1824 durch die Bestimmung, daß nur noch das vorgesetzte Ministerium, nicht mehr die Regierung, den Antrag auf strafrechtliche Verfolgung zu stellen befugt sei.

---

[1]) vgl. Anonymus S. 22—23 und Hagens in Scherings Archiv S. 350.

und zwar bei sämtlichen Beamten, auch bei den Richtern. Damit bot die ganze einschlägige Gesetzgebung plötzlich ein anderes Bild. Aus den Vorschriften, die im Anfang gegeben waren, um einem wenig angebrachten und unzweckmäßigen Übereifer der Fiskale vorzubeugen, die also ihrer Tendenz nach eher etwas Negatives bezweckten, sieht man sich ein Recht der Minister entwickeln, darüber zu entscheiden, ob ein strafrechtliches Verfahren gegen Beamte wegen Begehung von Amtsdelikten überhaupt stattfinden soll. Aber trotz aller dieser Bestimmungen schien das Verfahren Beamten gegenüber noch nicht zur Zufriedenheit geregelt zu sein. Die gerichtliche Verfolgung derselben wurde erschwert. Zunächst brachte ein Gesetz vom 25. April 1835 „betr. die im Amte zugefügten Ehrenkränkungen" (Ges.-Samml. S. 50) Sonderbestimmungen für den Fall, daß Beamte in Veranlassung ihrer amtlichen Tätigkeit sich einer Ehrenkränkung schuldig gemacht hatten: vor der Angehung des Gerichts sollte man im Wege der Beschwerde sich an die Dienstbehörde des Beamten wenden, um auf diese Weise eine Erklärung der letzteren darüber herbeizuführen, ob der Beamte seine Amtsbefugnisse überschritten habe oder nicht.

Erst für den Fall, daß die Frage bejaht wurde, sollte das Gericht in Tätigkeit treten. Auf Antrag des Beleidigten konnte auch die Dienstbehörde selbst die Strafe bestimmen; ebenso, wenn die Sache sich nicht zur Untersuchung eignete. Wurde die Frage, ob der Beamte sich einer Überschreitung schuldig gemacht habe, verneint, so war höchstens noch eine Angehung der höheren Dienstbehörde gestattet. Auf dieses Gesetz war jedenfalls von Einfluß gewesen § 236 des Anhanges zu Teil I. Titel 34 § 26 der AGO: „Ist von einem Regierungs-Offizianten aus Veranlassung seines Amtes Jemand beleidigt worden, und will dieser die Beleidigung nicht im Wege des Prozesses oder der Untersuchung, sondern nur als eine Verletzung der Amtspflichten rügen, so gehört die Sache als eine Disciplinar-Angelegenheit vor die Dienstbehörde."

Weitere Sonderbestimmungen schufen die Gesetze vom 28. Juni 1834 „über den Waffengebrauch der Grenzaufsichtsbeamten" und vom 31. März 1837 „über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten" für die Grenz-, Steuer-, Forstaufsichts- und Jagdbeamten, wenn sie in Ausübung ihres Amtes andere Personen verletzt hatten. Grundsätzlich war dann das Gericht zur Eröffnung der Unter-

suchung befugt und den Dienstbehörden war ein Widerspruchsrecht gegeben. Konnte eine Einigung nicht erzielt werden, so entschied der Kompetenzgerichtshof über den Waffengebrauch und die Zulässigkeit des Rechtsweges[1]. —

Zu gedenken ist ferner des Gesetzes v. 11. V. 1842 (Näheres unten § 29), welches zwar keine Stufe in der Entwicklung der Geschichte des Konfliktes bildet, wohl aber auf die Stimmung der Bevölkerung über den Konflikt nicht ohne Einfluß blieb, indem es den Rechtsweg gegen Polizeibeamte nur bedingt zuließ.

VI. Dem Gesetz vom 25. April 1835 war nur eine verhältnismäßig kurze Dauer beschieden. Die Tätigkeit des Gerichts gerade bei einer Ehrenkränkung unter Umständen völlig ausschalten zu wollen, war mit dem Rechtsbewußtsein nicht vereinbar. So machte denn diese Bestimmung dem Gesetz „betr. das gerichtliche und Disciplinarstrafverfahren gegen Beamte" vom 29. März 1844 (GS. S. 77) Platz.

Die Befugnisse der Dienstbehörde wurden hier wesentlich abgeschwächt. Zunächst kam ein solcher Fall der Ehrenkränkung seitens eines Beamten vor das Gericht, und dieses hatte die Angelegenheit zu untersuchen. Nach Beendigung der vorläufigen Ermittelungen und der förmlichen Eröffnung der Untersuchung erst begann die Tätigkeit der Dienstbehörde, die dann allerdings darüber gehört werden mußte, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Befugnisse schuldig gemacht habe oder nicht. Zugleich dehnte dieses Gesetz aber den Grundsatz des § 47 der Verordnung vom 26. XII. 1808 (vgl. oben III) auf alle Civil- und Militärbeamte, also auch z. B. auf die Richter, aus. Aufrecht erhalten bleiben sollten jedoch die Gesetze vom 28. VI. 34 und 31. III. 37[2]. Diese Ausdehnung der Bestimmungen auf den Richterstand stieß auf entschiedenen Widerspruch[3]. Es währte auch nicht lange, so stellten die meisten Provinziallandtage Anträge auf Ab-

[1] vgl. Nadbyl S. 819—822.

[2] vgl. Anonymus S. 25; Koch, S. 249 ff., Meyer-Anschütz, § 183 Anm. 5 und v. Rönne, Bd. 2 Abt. 1 S. 509 f.

[3] Einen besonders entrüsteten Ausdruck fand er bekanntlich in der Schrift von Heinrich Simon „Die Preußischen Richter und die Gesetze vom 29. März 1844." Leipzig 1845.

änderung des Gesetzes. Und diese Anträge fanden Gehör, allerdings erst, um der ausgebrochenen Revolution auch dadurch zu begegnen, indem § 3 der Verordnung „über einige Grundlagen der künftigen Preußischen Verfassung" vom 6. April 1848 bestimmte, daß der vorhergehende Antrag des Ministers bei der Verfolgung von Angehörigen des Richterstandes außer Kraft zu setzen sei.

§ 7. Geschichte des Konfliktes vom Jahre 1848 an bis zum Erlass des Konfliktsgesetzes.

I. Auf eine ganz andere Stufe der Entwicklung kam die Frage im Jahre 1848. Aus der belgischen Verfassung (Art. 24) nämlich hatte die Kommission der Nationalversammlung in Art. 93 des Verfassungsentwurfes einen Gedanken übernommen, der für die nachfolgende Gesetzgebung bedeutungsvoll sein sollte.

Er fand seinen Ausdruck in folgendem Satze:

„Es ist keine vorgängige Genehmigung der Behörde nötig, um öffentliche Civil- und Militärbeamte wegen der durch Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse geübten Rechtsverletzung gerichtlich zu belangen."

Durch diese Bestimmung wollte man, wie die Motive erklären, Fürsorge treffen, daß nicht bei Rechtsverletzungen durch Amtsüberschreitungen von Beamten deren Verantwortlichkeit sich hinter ungesetzliche Befehle ihrer Vorgesetzten verstecke und dem ordentlichen Rechtswege entgegentrete. Diese Bestimmung ging nun in Art. 95 der Verf. vom 5. XII. 1848 über[1]), sodaß die gerichtliche Verfolgung der Beamten in keiner Weise mehr beschränkt war. Aber dieser Satz stand nur auf dem Papier: bald verblaßte seine Wirkung, wenigstens auf dem strafrechtlichen Gebiete. Im Jahre 1849 wurde bekanntlich der Grundsatz, daß die Gerichte von Amtswegen eine Strafverfolgung vornehmen sollten, aufgehoben und allein der Staatsanwaltschaft das Recht überwiesen, die Anklage zu erheben[2]). Da nun der Staatsanwalt ein Organ des Justizministers ist und dessen Weisungen Folge zu leisten verpflichtet ist, so war indirekt für

---

[1]) Die einzelnen Phasen sind in der Zusammenstellung bei v. Rönne Verfassungsurkunde für den preußischen Staat 3. Aufl. 1859 zu Art. 97 erkennbar gemacht. Vgl. auch Loening, Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 510 f.

[2]) §§ 1 u. 2 der Verordn. v. 3. I. 1849 (G.-S. 1849 S. 14 und 1852 S. 208).

jeden Fall die Verfolgung von dem Ermessen des Justizministers abhängig gemacht, und zwar bei sämtlichen Beamten, indem der Justizminister ja jederzeit dem Staatsanwalt Anweisungen über die Verfolgung oder Nichtverfolgung eines jeden Beamten geben konnte.

II. Die Bestimmungen des Art. 95 blieben in der Folgezeit nicht unangetastet: es machten sich im Gegenteil bei der Revision der Verfassungsurkunde viele Kämpfe zwischen beiden Kammern um das Bestehen des Art. 95 geltend. Hauptsächlich standen sich hierbei die unter französischem Recht groß gewordenen und die dem altpreußischen Rechtsgebiete angehörenden Juristen gegenüber, da die ersteren es für äußerst bedenklich hielten, daß die Gerichte die unbeschränkte Befugnis haben sollten, über die Amtshandlungen der Verwaltung zu erkennen: sie vertraten dabei den Standpunkt, daß dadurch die Beamten in die Lage versetzt würden, sich gegen ungegründete Regreßansprüche verteidigen zu müssen, wodurch ihr Urteil getrübt würde[1]). Der Ausschuß der ersten Kammer, welcher im Herbst 1849 sich mit der Revision des Art. 95 beschäftigte, beantragte demnach zuerst, noch folgenden Zusatz zu machen:

„Die Beurteilung, ob eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliege, steht der durch das Gesetz bestimmten Behörde zu.“

Die erste Kammer selbst jedoch beschloß gemäß dem Vorschlag des Vorsitzenden des Ausschusses, Appellationsgerichtsrat v. Ammon, dem Art. 95 folgende völlig veränderte Gestaltung zu geben:

„Die Bedingungen, unter welchen öffentliche Militär- und Civilbeamte wegen der durch Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübten Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz,“

wozu die zweite Kammer noch als Zusatz hinzufügte:

„Eine vorgängige Genehmigung der Behörde darf jedoch nicht verlangt werden.“

Nachdem die Regierung noch eine kleine Abänderung dahingehend beantragt hatte, daß

„Eine vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde jedoch nicht verlangt werden darf,“

---

[1]) vgl. Hartmann S. 23.

ging die Bestimmung in dieser Fassung in Art. 97 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 über: und zwar kam eine Einigung nur zustande, weil die Königliche Botschaft v. 7. Januar 1850 besonders hervorhob, daß diese Differenz ganz notwendiger Weise erledigt werden müsse[1]).

III. Aber mit der Verfassungsgesetzgebung war die Frage noch nicht erledigt: beide Kammern beschäftigten sich vielmehr noch weiter damit. Das lag schon in dem Wortlaut des Art. 97 selbst, der ein Gesetz über die gerichtliche Inanspruchnahme der Beamten verhieß. Wieder standen sich hauptsächlich die französischrechtlich geschulten Juristen und die konservative Partei gegenüber.

Viele Juristen aber, Gelehrte und Praktiker, unter letzteren z. B. auch die Chefpräsidenten der Appellationsgerichte von Naumburg und Königsberg, verlangten energisch die Rückkehr zu den Bestimmungen des Art. 95 der Verf. von 1848, da sie sich nicht damit einverstanden erklären wollten, daß entgegen dem früheren Recht ganz plötzlich und unvermittelt[2]) auch die civilrechtliche Klage gegen Beamte von der Genehmigung einer Behörde abhängig sein sollte. Wenn auch vom liberalen Partei-Standpunkte Art. 97 gegen Art. 95 einen Rückschlag bedeutete[3]), so war doch der Unterschied zwischen beiden Artikeln mehr formeller als tatsächlicher Natur. Allerdings liegt eine gewisse Verschiedenheit darin, daß Art. 95 den Beteiligten die Möglichkeit einer Verfolgung etwaiger Übertretungen der Beamten im Civilweg ebenso wie durch Antrag auf gerichtliche Untersuchung gibt, also eine gewisse Garantie bietet, während Art. 97 eben ein Gesetz ermöglicht, wodurch die Entscheidung der Frage, ob eine Überschreitung der Amtsbefugnisse der Beamten vorliege oder nicht, der Judikatur der Gerichte ohne weiteres entzogen werden kann. v. Rönne sieht den Unterschied als einen sehr wesentlichen an, weil nach Art. 95 ein Gesetz irgend welche Beschränkungen der Zulässigkeit der Rechtsverfolgung garnicht herbeiführen durfte[4]).

---

[1]) vgl. v. Rönne Verf. Urkunde S. 183, Hartmann S. 23 u. Loening Verw.-Archiv Bd. 3 S. 510—577.

[2]) Stieve, S. 45 ff.

[3]) vgl. Nadbyl S. 819 ff.

[4]) v. Rönne Bd. 2 S. 507 ff.

Dem Minister des Innern v. Manteuffel lag ein solches Gesetz jedoch sehr am Herzen, „um den Beamten den Schutz wiederzugeben, dessen sie die Verfassung beraubt hatte“[1]. Ja, mit der Zeit ging der Minister sogar soweit, daß auch er sich für eine völlige Aufhebung des Art. 97 aussprach und verlangte, die Einleitung eines jeden gerichtlichen Verfahrens gegen einen Beamten wegen Verletzungen der Ehre und des Körpers solle, wenn diese Verletzung in Ausübung des Amtes vorgenommen sei, von einer Erklärung des vorgesetzten Ministers, ob Amtsüberschreitung vorliege oder nicht, abhängig sein. Der Justizminister aber, der bei der ersten Forderung des Ministers des Innern noch gezögert hatte, beantragte infolge der weitergehenden Forderung eine Beratung des Staatsministeriums über ein Gesetz zur Ausführung des Art. 97. Nur insofern kam der Justizminister dem Minister des Innern entgegen, als er den Beamten der Staatsanwaltschaft auf seinen Vorschlag hin die Anweisung gab, in den Fallen, wo ein Beamter wegen in Ausübung seines Amtes begangener Verbrechen oder Vergehen verfolgt wurde, sich mit der vorgesetzten Provinzial- oder Centralbehörde in Verbindung zu setzen. Falls eine Einigung zwischen beiden Behörden nicht zustande käme, sollte die Entscheidung des Justizministers herbeigeführt werden.

Aber auch diese Anweisung stellte nur eine lückenhafte Erledigung der Frage dar, da z. B. in der Rheinprovinz nach den Bestimmungen des dort noch geltenden Code d'instruction criminelle Art. 63 ff. 145 und 182 das Anklagemonopol des Staatsanwaltes fehlte und ferner überall die Klagen wegen Beleidigungen vom Beleidigten zu erheben waren.

IV. So arbeitete denn der Justizminister schließlich einen Gesetzentwurf aus: und zwar sollte eine Vermittelung dadurch geschaffen werden, daß die Entscheidung dem Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte anvertraut wurde[2].

Der Entwurf hatte noch vorgesehen, daß die Beamten civilrechtlich nur bei Überschreitung der Amtsbefugnisse infolge Vorsatzes oder groben Versehens haften sollten.

Diesen Passus strich jedoch der KGH., dem das Staatsministerium den Entwurf zur Begutachtung vorgelegt hatte. Darauf-

[1] vgl. Loening a. a. O. [2] Näheres Loening a. a. O. S. 524 f.

hin nahm das Staatsministerium den neuen Entwurf an, nachdem die Bestimmungen über die Personen des Soldatenstandes zu einem geringen Teil abgeändert waren. Nachdem sowohl die erste wie die zweite Kammer, denen der Entwurf in zwei aufeinanderfolgenden Sitzungsperioden vorgelegt worden war, nur wenige Änderungen an ihm vorgenommen hatten, wurde er vom König am 13. Februar 1854 als Gesetz „betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen" (G.-S. S. 86) sanktioniert.

§ 8. Angriffe gegen das Konfliktsgesetz, insbesondere gegen seine Verfassungsmässigkeit.

Das Konfliktsgesetz wurde scharf angegriffen: hauptsächlich in der zweiten Kammer, wo es nur mit ganz geringer Majorität angenommen worden war, sah es sich der allerschärfsten Kritik ausgesetzt. Die Liberalen bemängelten besonders die Worte „zur gerichtlichen Verfolgung geeignet," und es mag in der Tat zugegeben werden, daß in der Folgezeit gerade das Wörtchen „geeignet," zu manchem Mißbrauch des Gesetzes Anlaß gab. Der Vertreter der Regierung wies diese Auffassung in Übereinstimmung mit der Ansicht des Gerichtshofes zurück und führte in einem Gutachten vom 29. Januar 1855 aus, daß, „wenn auch bei erfolgter Amtsüberschreitung die civilrechtlichen Wirkungen nur gerichtlich verfolgt werden können, ein Gleiches doch in Ansehung der strafrechtlichen nicht immer zutreffe, diese vielmehr gesetzlich unter Umständen auch der Verfolgung im Disziplinarwege zu überweisen seien. Der Gerichtshof könne nicht mit völliger Nichtbeachtung aller über die Kompetenzen bestehenden und nirgends aufgehobenen Gesetze lediglich nach seinem Gutdünken entscheiden."

Nichtsdestoweniger kam der Konflikt in der ersten Zeit außerordentlich oft und ohne rechte Erkenntnis des Zweckes, den das Gesetz verfolgte, zur Anwendung: die Behörden standen auf dem Standpunkte, daß der Beamte in allen Fällen gegen gerichtliche Verfolgung geschützt werden solle, selbst wenn ganz offenbar Ausschreitungen vorgekommen seien. Es kann daher nicht Wunder nehmen, wenn der KGH. bis zum 1. Oktober 1858 in 56 von 125 Fällen den erhobenen Konflikt für unbegründet erklären mußte, was wieder zur Folge hatte, daß man die Konfliktsgesetzgebung von 1854 mit feindseligen Augen ansah. Aber auch die Anregungen

des Justizministers an die andern Minister, den Behörden eine möglichst vorsichtige Anwendung des Gesetzes zu empfehlen, verhallten zunächst ungehört, sodaß der Konflikt ein rechtes Schmerzenskind der Gesetzgebung war [1].

Die vielen, teilweise leidenschaftlichen, Angriffe gegen das Konfliktsgesetz bewegten sich im wesentlichen nach zwei Richtungen hin.

1. Einmal stützte man sich auf politische Gründe und verneinte, von diesen ausgehend, die Existenzberechtigung des Konfliktsgesetzes, wie dies dem Gesetzesentwurf bei den Beratungen in den Kammern schon prophezeit worden war [2]. Es soll nicht die Aufgabe dieser Betrachtung sein, allen diesen Gründen nachzugehen: nur ein allgemeiner Überblick soll gegeben und nur einige besonders bemerkenswerte Schriftsteller sollen hervorgehoben werden. Von den letzteren macht sich der eine Teil schon durch seine zu Übertreibungen neigende Sprache verdächtig: unter ihnen ist in erster Linie Primker zu nennen. der in seinem, in flammenden Worten geschriebenen, von dem Motto: „Non utendum imperio, ubi legibus uti potest!" getragenen Schriftchen wohl am erbittertsten von Allen spricht [3]. Unter Anerkennung des von Tocqueville im „L'Ancien Etat et la révolution" aufgestellten Satzes, daß die Eingriffe der Justiz in die Verwaltung nur den Geschäftsgang hemmen, das Eingreifen der Verwaltung in die Rechtspflege dagegen den Menschen verderbe und aufrührerisch mache, klagt er die Verwaltung an, daß sie stets bemüht gewesen sei, anerkannte Justizsachen dem Rechtsweg zu entziehen, um dem Richter eine Kritik über Recht- und Gesetzmäßigkeit ihrer Maßregeln zu nehmen, und daß sie nur diejenigen Beamten überhaupt vor Gericht stelle, welche sie fallen lassen wolle. Diesen offensichtlich sehr übertriebenen Darstellungen stimmt v. Rönne [4] zu, der in dem Konfliktsgesetz in Verbindung mit dem Institut der ausschließlich zur Anklage berechtigten und vom Justizminister abhängigen Staatsanwaltschaft das Mittel sieht, durch welches der Polizeistaat

[1]) Vgl. Loening Verw.-Archiv Bd. 3 S. 531.

[2]) Vgl. z. B. Stenogr. Bericht der Verhandlungen der 1. Kammer 1853/54 Bd. 1 S. 136 ff. (Abg. v. Vincke.)

[3]) Vgl. Primker, S. 13, 64 und 67.

[4]) Dritte Auflage Bd. 2 Abt. 1 S. 507 ff.

zur vollständigsten Entfaltung kommt. — In wesentlich ruhigeren Bahnen bewegt sich die aus dem Jahre 1860 stammende Denkschrift „Über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung" von dem Hilfsarbeiter im Justizministerium, Kreisgerichtsrat Sydow, die sich in der damaligen Zeit besonders mit Rücksicht darauf, daß eine Revision der Gesetzgebung über die Zulässigkeit des Rechtsweges im Gange war, allgemeinen Interesses erfreute. In dieser Denkschrift hatte Sydow zwar die Aufhebung des ganzen Konfliktsgesetzes beantragt: dafür sollten aber die Gerichte bei Vermeidung der Nichtigkeit ihres Urteiles verpflichtet sein, bei Civil- und Strafprozessen gegen Beamte wegen Überschreitung der Amtsbefugnisse gegebenen Falles eine gutachtliche Äußerung der vorgesetzten Provinzial- oder Centralbehörde über die Frage herbeizuführen, aus welchem Grunde eine Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht anzunehmen sei. Zu den Gemäßigteren gehört auch Hagens, der sich in einem Aufsatze „über Kompetenzkonflikte" aus dem Jahre 1862[1]) hauptsächlich für eine Abänderung des Verfahrens ausspricht und am Ende seiner Betrachtung einen selbst ausgearbeiteten Gesetzesvorschlag gibt, der den von ihm gerügten Mängeln des Verfahrens abhelfen sollte.

2. Weit schwerer jedoch als die vorerwähnten Stimmen fallen diejenigen ins Gewicht, die die Verfassungsmäßigkeit des Konfliktsgesetzes bestreiten. Solche Stimmen erhoben sich besonders bei den Beratungen des Konfliktsgesetzes[2]). Hierauf ist näher einzugehen.

Art. 97 der Preuß. Verfassungsurkunde vom 31. I. 1850 bestimmte folgendes:

„Die Bedingungen, unter welchen öffentliche Civil- und Militärbeamte wegen durch Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübter Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz. Eine vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde darf jedoch nicht verlangt werden."

---

[1]) In Bd. 2 S. 331 ff. von Schering's Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen.

[2]) Sie wurden aber auch bei der Beratung der Reichsjustizgesetze wieder laut: so sagte Abg. Lasker, das Ges. v. 13. II. 54 sei „eine Umgehung der preußischen Verfassung" (vgl. auch § 11 der Abhandl.)

Das Gesetz, welches Art. 97 verheißt, war das Gesetz vom 13. Februar 1854: dasselbe wurde, weil ein Bedürfnis zum Erlaß desselben verspürt wurde[1], von der Regierung ausdrücklich zur Ausführung des Art. 97 beim Landtag eingebracht.

Bei den Beratungen, hauptsächlich denen der 2. Kammer, über den Gesetzentwurf jedoch wurde behauptet, das Gesetz setze gar keine Bedingungen der in Art. 97 verheißenen Art fest: das Gesetz müsse Normen aufstellen, welche für den vorkommenden Fall jedes Mal klar machen, ob der Beamte vor Gericht zu verfolgen sei oder nicht. Das Gesetz tue dies jedoch nicht, vielmehr habe es dem Ermessen eines Gerichtshofes die Entscheidung der Frage überlassen, ob der Beamte gerichtlich verfolgt werden dürfe oder nicht: das sei ein Akt der Willkür, den die Verfassung unmöglich im voraus habe sanktionieren können[2]. Außerdem aber verlange das Gesetz vom 13. II. 54 zur gerichtlichen Verfolgung des Beamten die vorgängige Genehmigung einer Behörde, und das sei ausdrücklich in Art. 97 verboten worden: auch aus diesem Grunde widerspreche das Gesetz der Verfassung[3]. Das Gesetz habe unter Erledigung der Frage, ob überhaupt eine gerichtliche Verfolgung zuzulassen sei, bestimmt, daß die Provinzial- oder Centralbehörde Einspruch erheben und der Kompetenzgerichtshof die Entscheidung fällen solle: dadurch sei der Gerichtshof in der Lage, willkürlich zu entscheiden, ohne an bestimmte Regeln gebunden zu sein[4]. Mithin habe das Gesetz vom 13. II. 54 keine Bedingungen, sondern Beschränkungen der Verfolgung geschaffen, „die bei tendenziöser Handhabung einer Ausschließung des Rechtsweges nicht allzu fern stehen.“ Auch heute sind die Stimmen noch nicht ganz verstummt, die die Verfassungsmäßigkeit des Konfliktsgesetzes bestreiten, indem sie behaupten, daß das Gesetz, wenngleich es nicht gerade mit der Verfassung im Widerspruch

---

[1]) vgl. Bericht der Justiz-Kommission in den Drucksachen der 1. Kammer 1854 Bd. 2 No. 73 und in den Drucksachen der 2. Kammer 1854 Bd. 1 No. 49.

[2]) vgl. Abg. Wentzel Stenogr. Berichte der 2. Kammer 1853/54 Bd. 1 S. 110 ff.

[3]) vgl. Abg. Kisker ebenda.

[4]) vgl. J.-M.-Bl. von 1864 S. 90 Vorbemerkung und Stieve S. 45 ff.

stehe, doch ihrem Geiste keineswegs entspreche[1]). Das sind aber so allgemeine Redewendungen, daß sie für die Beurteilung keinen Anhalt geben und deshalb hier ausscheiden.

Für die Gegner des Gesetzes spricht allerdings der Umstand, daß die preußische Regierung 1861 einen Gesetzentwurf beim Abgeordnetenhaus einbrachte, mit der Absicht, das Konfliktsgesetz durch ein neues Gesetz zu ersetzen. Dabei erklären die Motive offen, daß es nicht einer Hemmung des Rechtsweges bedürfe, wie eine solche durch das Konfliktsgesetz bewirkt werde, um die Beamten im Sinne des Art. 97 gegen vexatorische Klagen zu schützen[2]). Es spricht ferner für die Vertreter jener Ansicht, daß der Kompetenzgerichtshof selbst dieselbe Meinung vertrat, indem er in einem von ihm an den Justizminister erstatteten Gutachten über die Zweckmäßigkeit der Gesetzes vom 13. II. 54 sich folgendermaßen aussprach[3]);

„Man hatte bei Abfassung des Gesetzes völlig den Ideengang verlassen, welcher nach der bisherigen Entwicklung der Gesetzgebung und nach dem Geiste der Verfassungsurkunde der allein leitende hätte bleiben sollen. Denn man hatte nicht zur Sicherung der Verwaltung Bedingungen festgesetzt, unter denen die Gerichte und die Staatsanwaltschaft fortan auch wegen Amtsdelikten selbstständig und ohne vorgängige Genehmigung der Verwaltungsbehörden sollten einschreiten können, sondern vielmehr den höheren Verwaltungsbehörden durch das neue Konfliktsverfahren die allerausgedehnteste Befugnis zum Einspruche gegen alle bei den Gerichten wider Beamte aus deren Amtshandlungen anhängig werdenden Verfolgungen verliehen.“

Die Bedenken der Gegner des Gesetzes können jedoch nicht trefflicher widerlegt werden, als es bei den Beratungen im Abgeordnetenhause selbst geschehen ist. Es wäre eine zu enge Aus-

---

[1]) So z. B. Meyer-Anschütz § 183 Anm. 5 und v. Stengel, Organisation der preuß. Verw. S. 115 f. und S. 563 f. — Dagegen meint Schwartz, Kommentar zur Verf.-Urk. S. 280, das Gesetz habe „dem Wortlaut des Art. 97 nicht geradezu“ widersprochen. Hagens in Schering's Archiv S. 353 „will den Streit nicht fortsetzen.“

[2]) vgl. auch § 9 der Arbeit.

[3]) vgl. Bericht Miquel's in Hahn, Materialien zum GVG. S. 1448 ferner Schwartz S. 280 f. und Stieve S. 45 ff.

legung des Art. 97, wenn man unter Bedingungen der gerichtlichen Inanspruchnahme von Beamten nur Normen verstehen wollte, die für jeden Fall festlegen müssen, ob der Beamte vor Gericht zu ziehen sei oder nicht. Es ist hier nicht der Ort, zu erörtern, ob solche Bedingungen wünschenswert gewesen wären: notwendig waren sie nach der Verfassung nicht. Jedenfalls wird man es als Bedingung der im Art. 97 vorgeschriebenen Art auffassen müssen, wenn die gerichtliche Verfolgung von der Zustimmung einer Behörde abhängig gemacht wird, also nicht bedingungslos stattfinden darf: dies ist ebensogut eine Bedingung der gerichtlichen Verfolgung, als wenn diese vom Vorhandensein gewisser Kennzeichen abhängig gemacht wird, die die Handlung als Amtsüberschreitung charakterisieren. Ich meine darum, das Gesetz entspricht der Verfassung; es schafft in der Tat Bedingungen, unter denen Beamte wegen in Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübter Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, indem es jedenfalls ein weiteres gerichtliches Verfahren gegen Beamte unter 2 Bedingungen nicht gestattet: nämlich wenn die vorgesetzte Behörde ein Verschulden des ihr untergebenen Beamten nicht anerkennt und wenn zudem der KGH. eine zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Überschreitung resp. Unterlassung der Amtsbefugnisse nicht als vorliegend erachtet. Es sind also tatsächlich Bedingungen für die gerichtliche Verfolgung geschaffen und die deshalb erhobenen Angriffe auf das Konfliktsgesetz sind hinfällig.

Die erstgenannte der Bedingungen ist die notwendige Folge der Unabhängigkeit der Verwaltung von der Justiz. Die zweite Bestimmung dankt ihre Entstehung dem Bestreben zu vermeiden, daß etwa die Gerichte, wenn sie allein über die Frage zu entscheiden hätten, ob Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliege oder nicht, auch darüber zu befinden haben, ob der Beamte seine Anordnungen den Bestimmungen des Gesetzes gemäß getroffen hat oder nicht. Man motivierte dies damit, daß sonst nicht nur die unteren, sondern auch die höchsten Beamten, z. B. der Minister selbst, wegen ihrer Amtshandlungen den ordentlichen Gerichten Rede und Antwort stehen müßten, und das sei ein unerträglicher Zustand. Dieser Ansicht ist z. B. auch Hartmann [1]).

[1]) vgl. Hartmann S. 24–26.

Ich halte dieselbe aber für unrichtig, wie unten dargelegt werden wird[1]).

Wenn weiter behauptet wird, Art. 97 habe die im Konfliktsgesetz vorgesehene Genehmigung einer Behörde ausschließen wollen, so entspricht auch dies nicht den Tatsachen. Vielmehr folgt aus dem Wortlaut des Art. 97, daß die Genehmigung jeder anderen als der unmittelbar vorgesetzten Dienstbehörde des Beamten verlangt werden darf. Daß dieser Schluß richtig ist, folgt auch aus der geschichtlichen Entwicklung des Art. 97. Im Anfang bestimmte nämlich die Verfassung vom 5. Dezbr. 1848, daß eine vorgängige Genehmigung einer Behörde nicht notwendig sei, damit Beamte gerichtlich verfolgt werden könnten. Schon bei der Revision der Verfassung fand sich, daß man diese Unbeschränktheit nicht bestehen lassen könne[2]). Infolgedessen beschloß die 1. Kammer, die Regelung der Bedingungen, unter denen eine Verfolgung stattfinden soll, einem Gesetz zu überlassen. Die 2. Kammer aber verlangte den Zusatz: „Eine vorgängige Genehmigung der Behörde darf jedoch nicht verlangt werden"; die erste Kammer widersprach. Da bahnte die Königliche Botschaft vom 7. I. 1850 den Ausgleich an, die in Proposition XI im wesentlichen das enthielt, was jetzt den Inhalt des Art. 97 bildet:

„Die Bedingungen, unter welchen Kgl. Militär- und Civilbeamte verfolgt werden können, bestimmt das Gesetz. Eine vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde darf jedoch nicht verlangt werden."

Damit stellte sich also die Regierung zwischen die Streitenden und verbot nur die Genehmigung der vorgesetzten Behörde, ohne jedoch die einer anderen ausschließen zu wollen[3]).

Danach dürfte kaum ein begründeter Zweifel mehr darüber bestehen, daß das Konfliktsgesetz verfassungsmäßig ist[4]).

---

[1]) vgl. den Paragraphen über „Staatsminister."

[2]) vgl. v. Rönne Verf.-Urkunde 3. Aufl., zu Art. 97.

[3]) Vgl. Näheres über die Vorgänge bei der Revision der Verfassung bei Adolf Stölzel Rechtsverfassung Bd. 2 S. 687 u. 692.

[4]) Ebenso Cretschmar S. 47 und v. Rönne-Zorn B. 1 S. 588 (im Gegensatz zu den früheren Auflagen) mit der Motivierung, daß das Ges. v. 13. II. 54 die in Art. 97 verbotene vorgängige Genehmigung garnicht verlange, daß vielmehr die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens

§ 9. Der Konflikt in seiner weiteren Entwicklung bis zur Reichsjustizgesetzgebung.

I. Ein Umschwung trat ein, als am 8. Oktober 1858 der Prinz von Preußen die Regentschaft übernahm. Der Wechsel im Ministerium des Innern — Oberpräsident v. Flottwell trat an die Stelle des bisherigen Ministers v. Westphalen — bedeutete ein Ende der rückläufigen Bewegungen. Das Staatsministerium trug in der Sitzung vom 11. Dezember 1858[1]) den oft geäußerten Wünschen Rechnung, indem es die einzelnen Minister zum Erlaß von Anweisungen über eine angebrachte Handhabung des Konfliktes aufforderte, um die Erweckung auch nur des Anscheines einer Willkür zu verhüten.

So bekundete auch das Staatsministerium, daß es sich der Auffassung nicht verschließen konnte, daß die Behörden die Konfliktserhebung mißbrauchten und daß zu befürchten sei, die Beamten könnten gegebenen Falles einer gerechten Bestrafung entzogen werden. Erst nach $1^3/_4$ Jahren jedoch, am 22. VIII. 1860, kam es zu einer allgemeinen Verfügung des Staatsministeriums[2]), durch welche den Behörden die Anweisung zuteil wurde, dann erst den Konflikt zu erheben, wenn nach genügender Ermittlung der erheblichen Tatsachen sich als unzweifelhaft ergäbe, daß eine Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht vorliege. Andernfalls dürfe der Konflikt selbst dann nicht erhoben werden, wenn die Tat offenbar zur gerichtlichen Verfolgung nicht geeignet sei.

Diese Schärfe in der Auslegung des Konfliktsgesetzes ist augenscheinlich auf die oben bereits erwähnte[3]) und damals kurz vorher erschienene Denkschrift von Sydow zurückzuführen. Der Justizminister Simons war allerdings auf die von Sydow gemachten Vorschläge nicht eingegangen, vielmehr war er — ein geborener Rheinländer und darum erklärlicher Weise — in einem Schreiben

---

lediglich vom Beschlusse des Gerichts abhänge. — Daß das Konfliktsverfahren gesetzlich und verfassungsmäßig ist, weist Hagens in Bd. 2 von Scherings Archiv §§ 6 und 7 nach. Ich gehe auf diese Frage, da sie kaum eine andere als rein geschichtliche Bedeutung noch hat, nicht weiter ein.

[1]) vgl. Loening im Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 535.

[2]) Loening im Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 536.

[3]) § 8 der Abhandlung.

vom 17. I. 1860 warm für Aufrechterhaltung des Gesetzes eingetreten: nur der Inhaber der vollziehenden Gewalt könne über Klagen gegen Beamte wegen Amtsüberschreitungen als zur Entscheidung befugt angesehen werden, da in diesem Falle das Gebiet der Verwaltung und der Gerichte zusammentreffe, deren beide Zweige eben vom Inhaber der vollziehenden Gewalt ausgingen.

II. Der allgemeinen Staatsministerialverfügung vom 22. VIII. 1860 folgte ein Rundschreiben vom 5. X. 1860 und eine allgemeine Verfügung des Justizministers vom 3. Dezember 1860 „betr. die Befugnis zur Erhebung des Konfliktes nach Maßgabe des Gesetzes vom 13. Februar 1854“ [1]), welche ungefähr dieselben Grundsätze enthielten. Jedoch vermochte dadurch die Verstimmung weiter Kreise der Bevölkerung gegen das „unselige“ Konfliktsverfahren nicht gedämpft zu werden, nachdem einmal in einem Gutachten der Kommission für das Justizwesen im Hause der Abgeordneten vom 28. März 1859 [2]), welches im Verfolg einer auf Aufhebung des Art. 96 Satz 2 Preuß. Verfassung abzielenden Petition dreier Danziger Rechtsanwälte vom 7. Februar 1859 erstattet wurde, folgende Grundsätze aufgestellt worden waren:

„Die Kommisssion ist der Ansicht:

1. Daß die vielfachen Beschränkungen des Rechtsweges, die Bestimmungen, die in vielen Fällen die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten den Verwaltungsbehörden übertragen, in keiner Weise zu billigen sind. Sie ist der Ansicht, daß, solange diese Beschränkungen nicht auf das richtige Maß zurückgeführt werden, so lange insbesondere das Gesetz vom 13. Februar 1854 über die Konflikte bei Straf- und Civilprozessen gegen Beamte noch fortbesteht, der in Preußen bestehende Rechtsschutz ein unvollständiger genannt werden muß.

2. Sie ist aber ebenso der Ansicht, daß die Verordnung vom 8. April 1847 über . . . . das . . . . zu beobachtende Verfahren erst in zweiter Linie in Betracht kommt, daß vielmehr

a) . . . . . .

b) . . . . die über das Bedürfnis hinausgehenden Bestimmungen über die Ausschließung des Rechtsweges aufgehoben

[1]) vgl. Justiz-Min.-Bl. 1860 S. 426 und Ministerial-Blatt für die ges. innere Verwaltung 1860 S. 197.

[2]) vgl. Hartmann S. 10 ff.

werden müssen, unter Anerkennung des alten deutsch-rechtlichen Grundsatzes, daß in der Regel jeder Rechtsstreit von dem Richter zu entscheiden ist . . . .“

III. Auch der Kompetenzgerichtshof hatte sich in einem Gutachten[1]) vom 12. Dezember 1859 für die Aufhebung des Gesetzes vom 13. II. 54 ausgesprochen, da dieses ganz offenbare Übelstände gezeitigt hätte. So sei in wirklich wichtigen Angelegenheiten der Konflikt garnicht erhoben worden, wie denn das Gesetz überhaupt nicht den Ideen Rechnung trage, denen es seine Entstehung verdanke: während Art. 97 der preuß. Verfassung nämlich die Feststellung von Vorbedingungen zur gerichtlichen Verfolgung von Beamten wegen Amtsvergehen bezwecke, sei umgekehrt durch das Konfliktsgesetz den Regierungen die Gelegenheit und Befugnis gegeben, jede gerichtliche Verfolgung der Beamten wegen Amtsvergehen zu hintertreiben. Das Empfinden der Beamten für ihre Amtsverantwortlichkeit müsse allmählich schwinden, wenn sie, was jetzt tatsächlich der Fall sei, sich allmählich daran gewöhnt hätten, einfach die vorgesetzten Behörden um Erhebung des Konfliktes zu bitten, als eines willkommenen Ersatzes ihrer eigenen Verteidigung vor Gericht. Das Verfahren selbst sei auch ungesetzlich, da die Parteien nicht mündlich und öffentlich gehört würden, sondern nur die beteiligte oberste Verwaltungsbehörde, worauf dann ohne Anhörung der Parteien das Urteil gefällt werde.

v. Bernuth, der Nachfolger des Justizministers Simons, war denn auch den Ansichten Sydow's geneigter und beauftragte gerade ihn mit der Ausarbeitung eines Gesetzentwurfes betr. die gerichtliche Verfolgung der Beamten wegen Amtshandlungen. Der Entwurf war am 30. Dezember 1860 fertig gestellt. Er enthielt kurzer Hand die Auffassung, daß die Gerichte in der Verfolgung von Civil- und Strafprozessen gegen Beamte wegen Amtshandlungen an keine Zustimmung irgend einer Behörde oder eines Gerichtshofes gebunden sein sollten[2]). Dagegen sollte die vorgesetzte Dienstbehörde den Anspruch auf Kenntnisgabe von der Erhebung einer solchen Klage und das Recht haben, sich gutachtlich über die Sachlage zu äußern und sogar sich im Termin vertreten zu

[1]) vgl. auch § 8 der Abhandlung.

[2]) vgl. Miquél in Hahn's Materialien S. 1448.

lassen, damit dem Gericht auf diese Weise die Gelegenheit gegeben sei, sein Erkenntnis unter richtiger Berücksichtigung der notwendigen Verwaltungsgrundsätze zu fällen. Das war insofern zu begrüßen, als bisher der Kompetenzgerichtshof immer in die Notwendigkeit versetzt war, sein Urteil zu fällen, ohne selbst die Zeugen und Parteien angehört zu haben. Dem Gesetzentwurf waren Verhandlungen mit dem Kompetenzgerichtshofe vorhergegangen: und diese Behörde, der man ja wohl das richtige Urteil zutrauen durfte, äußerte sich übereinstimmend mit ihrem früheren Gutachten vom 12. Dezember 1859 folgendermaßen in ihrem Bericht:

„ . . . . . es schwindet unseres Erachtens jener theoretische Schein, daß die Verwaltungsbehörden zur Sicherung ihrer Autorität und der ihrer Organe des ihnen durch dieses Gesetz erteilten Rechtsmittels der Konfliktserhebung wirklich bedürfen. Es ist nicht einzusehen, wie diese Autorität, das Ansehen der Verwaltung im Allgemeinen, darunter leiden könne, wenn einzelne und namentlich untergeordnete Beamte dann und wann aus ihren Amtshandlungen von dabei beteiligten Privatpersonen der Beleidigung oder der Beschädigung vor Gericht verklagt werden und wenn das Gesetz im Vertrauen auf die Einsicht und Gerechtigkeit der richterlichen Entscheidungen solchen Klagen ruhig den Lauf läßt.“ [1])

IV. Als nun am 1. März 1861 der hiernach festgestellte Gesetzentwurf dem Staatsministerium vom Justizminister zur Beratung vorgelegt wurde, waren die Ansichten dort noch so geteilt, daß man die endgültige Beschlußfassung auf die nächste Sitzung am 7. März verlegte. An diesem Tage beschloß dann das Staatsministerium, vom König die Ermächtigung einzuholen, den Entwurf dem Landtage vorzulegen, trotzdem sich der Handelsminister v. d. Heydt und der Kultusminister v. Bethmann-Hollweg schon in der ersten Sitzung sehr für die Aufrechterhaltung des Konfliktsgesetzes ausgesprochen hatten, letzterer außerdem auch noch in einem ausführlichen, schriftlich dem Staatsministerium vorgelegten Votum [2]). Die Genehmigung des Königs erfolgte jedoch am 14. März 1861.

---

[1]) vgl. Hahn, Materialien S. 1455.

[2]) Loening, Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 546 f.

Zweifellos hat hier die Regierung einen bemerkenswerten Scharfblick gezeigt, wenn sie erkannte, daß die Erwartungen, die man in das Gesetz von 1854 gesetzt hatte, sich nicht bestätigt hatten. Hervorgehoben werden müssen daher hier auch die in jeder Beziehung trefflichen Motive, die das Konfliktsgesetz rundweg als eine Hemmung des Rechtsweges bezeichnen. Eine solche Hemmung sei aber nicht nötig, um den Beamten einen Schutz gegen vexatorische Klagen zu gewähren[1].

Der Entwurf ging zunächst an das Abgeordnetenhaus als Entwurf zum Gesetz „betr. die gerichtliche Verfolgung von Beamten wegen Amts- und Diensthandlungen" und wurde hier einer Kommission überwiesen. Nachdem diese nur wenig Änderungen bezügl. des Militärs mit Zustimmung der Regierung vorgenommen hatte, stimmte das Haus selbst dem Entwurf am 26. IV. 1861[2]) zu. Nunmehr beschäftigte sich die Kommission des Herrenhauses mit dem Entwurfe. Leider war der Berichterstatter der Kommission, Generalstaatsanwalt Grimm, derjenige, welcher 1852 den ersten Entwurf des Konfliktsgesetzes ausgearbeitet hatte. Nachdem der neue Entwurf unter so ungünstigen Auspizien vor das Forum dieses Hauses getreten war, war sein Schicksal vorauszusehen: schon die Kommission gab ihm ihr Jawort nicht und auch das Haus selber verhielt sich durchaus ablehnend. Trotz der ausführlichen Reden des Justizministers, des Vicepräsidenten des Obertribunals und des Chefpräsidenten des ostpreußischen Tribunals war sein Schicksal besiegelt. Der § 1, der den Kern des ganzen Gesetzes enthielt, wurde in der Sitzung vom 29. V. 1861 abgelehnt, und zwar nicht zum wenigsten infolge der Ausführungen Stahl's, der die Ablehnung des Entwurfes als Rettung für König und Vaterland bezeichnete und u. a. Folgendes sagte:

„Ich gebe dem Herrn Justizminister nicht zu, daß die Kompetenz, um die es sich hier handelt, den Gerichten von Rechtswegen gebührt. Die Gerichte haben nicht Urteil zu sprechen über den Souverän, von dem sie selbst ihre Autorität ableiten, nicht Urteil zu sprechen über die Verwaltung, welche ihre Autorität aus

[1]) vgl. Drucksachen des Abgeordnetenhauses von 1861 Nr. 104.

[2]) vgl. Leonhardt in Hahn's Materialien S. 1452: „Ein liberales Ministerium und ein liberales Abgeordnetenhaus," ferner Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses von 1860/61 Bd. 6 S. 959 ff.

derselben Quelle ableitet und daher ihnen koordiniert und nicht subordiniert ist, daher auch nicht Urteil zu sprechen über die Organe, die im Geist und nach der Instruktion ihrer Behörden gehandelt haben. Sie haben überhaupt nicht zu erkennen, wo es sich um richtige oder unrichtige, gesetzliche oder ungesetzliche Ausübung der Hoheitsrechte, um Aufrechterhaltung einer öffentlichen, allgemeinen Staatsordnung handelt“ [1]).

Nach diesem bedauerlichen Ende eines wohl durchdachten Gesetzentwurfes blieb das alte Konfliktsgesetz weiter bestehen, ohne daß allerdings in der Folgezeit die Kritik geschwiegen hätte, bis dann die Reichsjustizgesetzgebung auch hier eine Neuordnung der Verhältnisse brachte.

---

2. Kapitel.

Andere deutsche Staaten — Reichsverfassung von 1849.

§ 10.

Ehe ich mich den weiteren Schicksalen des Konfliktes unter der Reichsjustizgesetzgebung zuwende, soll noch ein Blick auf den Rechtszustand nach der Reichsverfassung vom 28. März 1849 und hauptsächlich auf den Rechtszustand in den größeren deutschen Staaten ausser Preußen geworfen werden. Der Ausblick ist für das Verständnis der Reichsjustizgesetzgebung erforderlich, jedoch, um den Zusammenhang nicht zu unterbrechen und weil das Schwergewicht naturgemäß auf Preußen liegt, hier nur kurz zu halten. Eine Ergänzung wird sich aus Teil III dieser Abhandlung ergeben [2]).

I. Die größeren deutschen Staaten.

a) Bayern.

In Bayern bestand ein Unterschied in der Rechtslage zwischen den Landesteilen links des Rheines und denen rechts

[1]) vgl. Stenographische Berichte des Herrenhauses, Sitzung vom 29. Mai 1861, I, 652 ff. und v. Rönne 3. Auflage II,1, S. 515.

[2]) Dort soll auch die nähere Literatur angegeben werden.

des Rheines. Dort galten die Bestimmungen des Art. 75 der französischen Verfassung v. 22. frimaire VIII noch fort: die darin vorgesehene Ermächtigung des Staatsrats war bei civil- wie strafrechtlicher Verfolgung erforderlich. Es war also hier die Verfolgung der Beamten nur beschränkt zulässig. Dies war wenigstens die Praxis der Gerichte und des Staatsrates, die allerdings nicht unbestritten blieb. — In den Landesteilen rechts des Rheines war eine gesetzliche Anordnung, die eine Vorentscheidung bei civilrechtlicher Inanspruchnahme von Beamten gefordert hätte, nicht vorhanden[1]. Hier war also die gerichtliche Verfolgung unbeschränkt zulässig. Ausdrückliche Bestimmungen bestanden nur für das Strafverfahren, zu dessen Einleitung es gemäß den Bestimmungen des bayr. Strafgesetzbuches von 1813, des sog. „Staatsdieneredriktes" (Beilage zur Verfassungsurkunde) und des gerade im Jahre 1848 (am 10. XI. 1848) erlassenen Gesetzes „betr. die Abänderung des 2. Teiles des Strafgesetzbuches von 1813" einer Vorentscheidung des Staatsrates bedurfte.

b) Sachsen.

In Sachsen war durch das sog. A-Gesetz vom 28. Januar 1835 der Rechtsweg bei straf- und civilrechtlicher Verfolgung für unbeschränkt zulässig erklärt worden. Den Justizbehörden war nur zur Pflicht gemacht worden, über die Zweckmäßigkeit von Verwaltungsmaßregeln, falls solche zur Sprache kommen sollten, nicht zu urteilen oder dieselben für ungültig zu erklären[2].

c) Württemberg.

Hier gab es keine gesetzliche Regelung der Frage, ob eine Vorentscheidung erforderlich sei. Die württembergischen Gerichte hielten jedoch in jener Zeit im Zweifel einen vorgängigen Ausspruch der vorgesetzten Dienstbehörde des Beamten für erforderlich und handelten dementsprechend. Diese Ansicht fand jedoch nicht allgemeine Anerkennung, sodaß die Frage in Württemberg streitig war.

---

[1] vgl. Seydel Bd. 2 S. 451.

[2] vgl. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage S. 204 f.

d) Baden.

In Baden war für die strafgerichtliche Verfolgung entsprechend dem Inhalt des Art. 75 der franz. Konsularverfassung eine Entschließung des Staatsministeriums erforderlich. Auch für die civilrechtliche Verfolgung wurde in jener Zeit eine vorübergehende Beschränkung eingeführt, indem eine vorgängige Genehmigung des Staatsministeriums verlangt wurde. Diese Bestimmung wurde jedoch bereits im Jahre 1864 wieder aufgehoben.

e) Hessen.

In Hessen konnte eine civilrechtliche Verfolgung von Beamten unbeschränkt stattfinden.[1]) — Eine Beschränkung bestand nur für die strafgerichtliche Verfolgung, indem durch Edikt vom 29. März 1824 „dem vorgesetzten Kolleg die vorläufige Untersuchung" übertragen wurde. Mit Rücksicht darauf, daß das Edikt nur von der vorläufigen Untersuchung sprach, war es vorübergehend streitig, ob Gericht oder vorgesetzte Dienstbehörde endgültig über die Vorfrage zu entscheiden hätte. Schließlich war es jedoch Praxis geworden, die klagende Partei in jedem Falle erst an die vorgesetzte Dienstbehörde zur Erwirkung einer Vorentscheidung zu verweisen.

II. Nach der Reichsverfassung von 1849.

In die Gesetzgebung vieler deutscher Staaten war von Frankreich aus der von Napoleon I. in der „garantie constitutionelle" ausgesprochene Grundsatz eingedrungen, daß gegen Beamte wegen Amtshandlungen nur geklagt werden könne, wenn vorher das Staatsministerium die Ermächtigung zur Klage gegeben habe. Nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Nachbarstaaten Frankreichs, z. B. in Holland, war der Grundsatz aufgenommen worden. Aber hier in Holland wurde er i. J. 1815 wieder aufgehoben, und im Anschluß daran nahm dann Art. 24 der belgischen Verfassung einen gleichen Rechtsstandpunkt ein. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Vorgehen von Holland und

[1]) In Rheinhessen galt jedoch ebenso wie in Rheinbayern auch für die civilrechtliche Verfolgung die Beschränkung des Art. 75 der Const. v. 22. frim. III.

Belgien von Einfluß auf Deutschland geworden ist oder nicht: jedenfalls regte sich im März 1848, ausgehend von den badischen Kammern, in Deutschland allgemein der Wunsch, daß auch hier die Einschränkung der Beamtenverantwortlichkeit beseitigt werden möge, und zwar im Wege der Reichsgesetzgebung.[1] Dieser Wunsch fand Gehör und wurde in § 22 des Entwurfes zu den Grundrechten des deutschen Volkes in folgender Fassung aufgenommen: „Eine vorgängige Genehmigung der Behörden ist nicht notwendig, um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen. Die Verantwortlichkeit der Minister ist besonderen Bestimmungen vorbehalten."

Der Paragraph wurde in erster Lesung nach einer nicht allzu langen Diskussion in der beantragten Form angenommen[2]). Sodann wurde er dem Verfassungsausschusse zur Stellung etwaiger Anträge für die zweite Lesung übergeben. Der Ausschuß schlug vor, den zweiten Satz des in 1. Lesung angenommenen Wortlautes des § 22 wegfallen zu lassen, da § 46 bereits allgemein bestimme: „Die Minister sind verantwortlich." Demgemäß wurde § 22 in 2. Lesung debattelos in folgender Form endgültig angenommen[3]):

„Eine vorgängige Genehmigung der Behörden ist nicht notwendig, um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen."

Bei der Veröffentlichung der Grundrechte am 27. Dezember 1848 wurde seltsamer Weise § 22 nicht mit publiziert[4]), sondern er fand erst als § 160 unter Art. VII der „Verfassung des deutschen Reiches" vom 28. März 1849 Aufnahme in das Reichsgesetzblatt[5]). Ebenso wurde er im Jahre 1850 als § 158 in den Entwurf der sog. „Erfurter Unionsverfassung" aufgenommen, und zwar wörtlich, wie denn überhaupt diese Verfassung nur eine

---

[1]) vgl. Stenographische Berichte über die Verhandl. der dtsch. constituierenden Nationalversammlung von Franz Wigard Bd. 7 S. 5095.

[2]) vgl. Stenogr. Berichte der constit. National-Vers. Bd. 7 S. 5100.

[3]) vgl. ebenda Bd. 8 S. 5597 und 5604.

[4]) Das Fehlen ist von Zachariae Staatsrecht Bd. 2 S. 46. Anm. 2 bemerkt, aber eine urkundliche Aufhellung ist meines Wissens nicht versucht worden.

[5]) vgl. R.-G.-Bl. 1849 S. 101. — Hansemann, die dtsche. Verf. vom 28. III. 49 mit Anmerkungen, gibt zu § 160 gar keine Erläuterungen.

Variante der vom 28. III. 1849 ist. Beide Häuser des Parlaments nahmen den Paragraphen — ebenfalls wieder ohne Debatte — an, empfahlen jedoch dem Verwaltungsrat der verbündeten Regierungen, an Stelle von „Behörden“ „vorgesetzte Dienstbehörde“ zu setzen[1]). Da die Erfurter Unionsverfassung jedoch über das Stadium der Entwürfe nicht hinausgelangt ist, so konnte es zu einer formellen Annahme der vorgeschlagenen Änderung seitens der verbündeten Regierungen nicht kommen.

Nach der Reichsverfassung war also die Verfolgung von Beamten unbeschränkt zulässig.

III. Einwirkung der Reichsverfassung auf andere deutsche Staaten.

In das Verfassungsrecht verschiedener deutscher Staaten war einfach die Bestimmung des § 160 der Reichsverfassung übernommen worden: solche Staaten sind z. B. Schwarzburg-Sondershausen[2]) und Anhalt-Bernburg[3]), sowie Oldenburg[4]). In Oldenburg hatte bisher gemäß § 5 der landesherrlichen Verordnung vom 22. XII. 1837 die vorgesetzte Dienstbehörde bezw. das Staats- und Kabinettsministerium darüber entscheiden müssen, ob die Spezialuntersuchung bei Dienstverbrechen und -Vergehen an das ordentliche Gericht abzugeben sei oder nicht: die Generaluntersuchung hatte stets die obere Dienstbehörde vor-

---

[1]) Der Bericht des Verfassungsausschusses des Volkshauses S. 45 u. 46 motiviert den Vorschlag damit, daß das Gesetz den Beamten, wenn er innerhalb der Grenzen seines Amtes oder des ihm ausdrücklich erteilten Auftrages gehandelt habe, vor einem Schadenersatzanspruche schützen müsse und genügender Schutz gegen Beamtenwillkür hergestellt werde, wenn nicht die in der Sache beteiligte Dienstbehörde die Vorfrage entscheide. — Zur Annahme des Paragraphen siehe die Berichte über die 13. Sitzung des Volkshauses vom 17. IV. 1850 und über die 8. Sitzung des Staatenhauses vom 20. IV. 1850 (vgl. Stenogr. Berichte über die Verhandl. des dtschen. Parlaments in Erfurt. Volkshaus: S. 215: Staatenhaus: S. 151).

[2]) vgl. Verfassungsges. vom 12. XII. 1849 § 175. (abgedruckt bei Zachariae Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart. Göttingen 1855 S. 1004).

[3]) vgl. Landesverfassungsgesetz vom 28. II. 1850 Art. 38 Abs. 5 (bei Zachariae a. a. O. S. 964).

[4]) vgl. Revidiertes Staatsgrundgesetz vom 22. XI. 1852 Art. 48 (bei Zachariae a. a. O. S. 909 und Stoerck Handbuch der deutschen Verfassungen. Leipzig 1884 S. 301).

zunehmen. Früher war also mit anderen Worten auch in Oldenburg die vorgangige Genehmigung erforderlich gewesen. Zu den hier genannten Staaten gehörte schließlich noch das Königreich Hannover, das ebenfalls, anscheinend unter der Einwirkung der Reichsverfassung, durch § 38 der Strafprozeßordnung von 1850 verbot, daß in Strafsachen die öffentliche Klage wegen Dienstvergehen durch einen Antrag oder die Ermächtigung der vorgesetzten Dienstbehörde bedingt sein müsse; vorher hatte hier Art. 340 des Criminalgesetzbuches von 1840 bestimmt, daß die strafrichterliche Verfolgung von strafbaren Dienstverletzungen von einem Antrag d. h. einer Genehmigung der zuständigen Behörde abhangig sein solle[1]).

3. Kapitel.

Im neuen Reich.

§ 11. Der Konflikt unter der Reichsjustizgesetzgebung.

I. Die Bestrebungen, das preußische Konfliktsgesetz von 1854 aufzuheben, ruhten nicht, trotzdem das Schicksal des Entwurfes von 1861 einigermaßen entmutigend war. Bei Gelegenheit der Vorberatungen zu den Reichsjustizgesetzen traten sie wieder ganz besonders energisch hervor; sie hatten auch insofern Erfolg, als in den § 11 E.-G. z. G. V. G. Bestimmungen aufgenommen wurden, die diejenigen des preußischen Gesetzes vom 13. Februar 1854 abschwächten und verbesserten. Das geschah folgendermaßen: der Entwurf des E.-G. z. Str.-Pr.-O. hatte in § 6 folgende Bestimmung vorgesehen:

„Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle Strafsachen, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu erfolgen hat,

---

[1]) vgl. Hauser Bd 4 S. 4, Oesterley Handbuch des bürgerl. u. peinlichen Prozesses für das Königreich Hannover. Göttingen 1819 und 1820 Teil 1 S. 150 und Teil 3 S. 69 (für die frühere Zeit) und Zachariae Staatsrecht Bd. 2 § 138. — Ernst v. Meier, Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 1680—1866 Leipzig 1898—1899, sagt hierüber nichts Näheres.

außer Kraft, insoweit nicht in der Strafprozeßordnung auf sie verwiesen ist.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Bestimmungen:

1. . . . .

2. über die Voraussetzungen, unter welchen die Strafverfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen stattfindet."

Die amtliche Begründung bemerkte ausdrücklich hierzu, daß Ziffer 2 die in mehrere deutsche Staaten, wie Baden und Rheinhessen, aus dem französischen Recht übergegangene Genehmigung der obersten Staatsbehörde bei strafgerichtlicher Verfolgung öffentlicher Beamten wegen dienstlicher Handlungen zum Gegenstand habe, aber auch ebenso die preußisch-rechtliche Konfliktserhebung. Der Ziffer 2 wurden in der Reichsjustizkommission schwerwiegende Bedenken und heftiger Widerspruch entgegengesetzt. Abg. Klotz brachte einen Antrag auf Streichung der Ziffer 2 ein und begründete ihn damit, daß dadurch alle Hindernisse beseitigt würden, die durch die Landesgesetze, insbesondere durch das preuß. Gesetz von 1854, der strafrechtlichen Verfolgung von Beamten entgegengesetzt würden: dadurch, daß die vorgesetzte Dienstbehörde zur Einwirkung befugt sei, werde ja jede strafgerichtliche Verfolgung eines Beamten unmöglich gemacht. Diesem Antrage schlossen sich die Abgeordneten Reichensperger und Lasker an, ersterer mit der Motivierung, daß dieses Gesetz „unvereinbar sei mit jedem Gedanken an einen Rechtsschutz der Staatsbürger", letzterer, indem er das Gesetz als eine „Umgehung der preuß. Verfassung" bezeichnete, die doch eben eine vorherige Genehmigung der vorgesetzten Behörde für einen Beamten verböte. Abg. v. Puttkamer begründete den vorgenannten Antrag noch mit folgendem gewichtigen Hinweis: ein Nachteil des Gesetzes liege noch darin, daß die gerichtliche Entscheidung leicht beeinflußt werde, indem dadurch, daß der Staatsrat oder K. G. H. den Gerichten eine Person zur Aburteilung überweise, gleichsam ein Vorurteil zum Nachteil des Beamten ergehe, indem sich nunmehr die Gerichte einer eingehenden Prüfung der Frage, ob eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliege oder nicht, überhoben glaubten. Auch sollte die Vorschrift der Ziffer 2, wie von vielen

Seiten behauptet wurde, im Widerspruch zum Prinzipe der Gleichheit vor dem Gesetz und zu dem Prinzip der Legalität stehen, nach welch letzterem der Staatsanwalt gegen jedes Vergehen einschreiten müsse. Ein persönlicher Schutz der Beamten sei durchaus ungerechfertigt, denn chikanöse Verfolgungen von Beamten seien in den Ländern, wo ein solcher Schutz bisher nicht bestanden habe, nie vorgekommen, und würden auch nicht vorkommen. Die Einräumung jenes Privilegs aber werde sofort seine mißbräuchliche Benutzung seitens der Beamten zur Folge haben, und dies lasse eine Schwächung des Rechtssinnes der Beamten befürchten[1]).

In der Kommission des Reichstages wurde dann auch wirklich die Streichung der Ziffer 2 durchgesetzt und einem Antrag des Abgeordneten Lasker gemäß die Aufnahme folgender Bestimmung beschlossen:

„Außer Kraft treten die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen die zivilrechtliche oder strafrechtliche Verfolgung gegen öffentliche Beamte wegen der in Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen stattfindet."

Auf diese Weise wurden also die Bestimmungen des § 6 des Entwurfes des E.-G. z. Str.-Pr.-O., welcher die landesgesetzlichen Bestimmungen in dieser Beziehung hatte unberührt lassen wollen, umgekehrt, und zwar in Ausdehnung auch auf die zivilrechtliche Verfolgung.

Die Ausdehnung der Bestimmung auch auf die zivilrechtliche Verfolgung geschah, wie aus der Protokollgabe des Vorsitzenden der Kommission hervorgeht, deshalb, weil allerdings über die Bedeutung des Laskerschen Antrages, soweit dieser von zivilrechtlicher Verfolgung spreche, Zweifel entstanden seien, die Kommission aber keineswegs beabsichtige, an den materiell-rechtlichen Voraussetzungen, unter denen Ansprüche gegen Beamte entständen, etwas zu ändern[2]).

---

[1]) vgl. Bericht der Justizkommission in Hahn S. 984—985; Förtsch S. 497 f. Nr. 34; Hauser Bd. V. S. 36 ff. und Thilo S. 289.

[2]) vgl. Hahn, Materialien zur Str.-Pr.-O. 2. Aufl. S. 55—56, 300, 1166—1170 und Materialien zum G. V. G. I S. 922; ebenso Entsch. des R.G. in Zivils. v. 16. II. 88 i. Bd. XX S. 295.

Darauf wurde der Beschluß als § 9a dem E.-G. z. G. V. G. einverleibt und mit einem Bericht der Kommission dem Plenum des Reichstages übergeben. Der Bericht ging ungefähr dahin, daß die Kommission prinzipiell alle landesrechtlichen Bestimmungen habe aufheben wollen, nach denen die Verwaltungsbehörden die Verfolgung und Aburteilung von Vergehen der Beamten den Gerichten durch Einspruch entziehen könnten oder nach denen die Verfolgung nur mit Genehmigung dieser Behörden zulässig sei. Gerade diese letztgenannten Bestimmungen, die hauptsächlich in Preußen, Baden und Rheinhessen in Geltung seien, halte aber die Kommission für ungerechtfertigt[1]).

Die vorgeschlagene Fassung des § 9a war folgende:

„Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen im Wege des Straf- und Zivilprozesses an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft.“

Sie unterscheidet sich von dem jetzigen Abs. 1 des § 11 E.-G. z. G. V. G. nur durch eine redaktionell abweichende Fassung.

II. Im Plenum des Reichstages wurde eingehend über den Paragraphen und seine Bestimmungen verhandelt, wobei es zu manchen scharfen Auseinandersetzungen kam. Vollkommene Einigkeit war nicht zu erzielen, schon deshalb, weil man sich anscheinend nicht klar darüber war, welche Länder mit ihren Institutionen durch die neuen Bestimmungen getroffen würden. In dieser Beziehung versuchte der Abgeordnete Miquél in der 2. Lesung als Berichterstatter und zugleich als Vorsitzender der Justizkommission eine Klarlegung der damaligen Lage der in Betracht kommenden Einrichtungen und gesetzlichen Vorschriften der Einzelstaaten herbeizuführen „für diejenigen Mitglieder,“ wie er sich ausdrückte, „denen die gesetzlichen Bestimmungen, die hier beseitigt werden sollten, nicht in voller Erinnerung wären.“ In der Tat, es war nicht unangebracht, solche Erinnerung wachzurufen oder, richtiger gesprochen, überhaupt erst ein Bild zur Klärung der Sachlage zu entwerfen: denn es ist auffällig, wie

[1]) vgl. Hahn, Materialien zum E.-G. G. V. G. S. 936, 985, 1769—1781.

schwankend die Vorstellung vom Geltungsgebiet der landesrechtlichen Konfliktsgesetzgebung war[1]).

Die Bestimmung des § 9a wurde im Reichstag angenommen, trotzdem damit tief in das innere Staatsrecht der Einzelstaaten und in die Organisation der administrativen Behörden und deren Befugnisse eingegriffen wurde[2]). Dem Bundesrat aber ist es zu verdanken, daß er unter der Motivierung, daß „eine Gefährdung der öffentlichen Interessen, die ihm anvertraut wären, zu besorgen sei[3]).“ den Paragraphen für unannehmbar erklärte. Die Folge davon war, daß von Miquél und Genossen zur 3. Beratung im Plenum des Reichstags ein „Kompromißantrag“ eingebracht wurde, der die Aufrechterhaltung der Konfliktserhebung beabsichtigte und den § 9a in einem zweiten Absatz gewissen Änderungen unterwarf. Er stimmt mit dem jetzigen § 11, 2 E.-G. z. G. V. G. überein. Der Reichstag nahm den Kompromißantrag an, und

[1]) Miquél gab an, daß solche Voraussetzungen nur im bayrischen Teil der Pfalz, in Baden, Elsaß-Lothringen — in diesen drei Ländern auf der französischen Gesetzgebung beruhend — und in Preußen beständen. (vgl. Hahn, Materialien zum E.-G. z. G. V. G. S. 1447—1475 u. v. Wilmowski-Levy S. 1254 ff.) Der Vollständigkeit halber hätte aber auch Württemberg wenigstens erwähnt werden müssen, denn dort war die Frage streitig. (vgl. Hahn a. a. O. S. 1456.)

Andere Staaten wurden genannt von:

Lasker bei der 3. Beratung im Plenum: Preußen und Baden, später Preußen, Baden und Bayern (vgl. Hahn a. a. O. S. 1522 u. 1622),

Reichsjustizkommission (Bericht): Baden, Rheinhessen und Preußen (vgl. Hahn a. a. O. S. 984),

Hauser Bd. 2 S. 4: Elsaß-Lothringen, bayr. Rheinpfalz, Rheinhessen, Bayern, Baden, in den beiden letzteren allerdings etwas abweichend,

Thilo S. 288 und Glaser Bd. I § 27, III, 2: Bayern, Baden, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen.

Auch jetzt herrscht noch keine völlige Klarheit. So nennt:

Kleinfeller (Lehrbuch des Zivilprozeßr.) S. 59: Bayern, Baden, Hessen, Sachsen und Preußen,

Struckmann-Koch Note 2 zu § 11 E.-G. z. G. V. G.: Bayern, Baden, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen,

Sydow-Busch S. 10 Anm. 6: Preußen, Bayern, Baden, Hessen und Elsaß-Lothringen.

[2]) vgl. Stenographische Berichte der Beratungen des Reichstages von 1876 S. 851 f., 862, 870, 878, 880, 925—936.

[3]) vgl. Hahn a. a. O. S. 1617.

daraufhin wurde dieser als § 11 E.-G. z. G. V. G. zum Gesetz erhoben[1]). Danach sollen die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, durch welche die Verfolgung der Beamten entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist. Jedoch soll diese Vorentscheidung auf die Feststellung beschränkt sein, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe, und sie soll ferner in den Bundesstaaten, in denen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, diesem zustehen, in den anderen Bundesstaaten dagegen dem Reichsgericht.

§ 12. Einwirkung des § 11 E.-G. z. G. V. G. auf die einzelstaatlichen Gesetzgebungen.

Der Inhalt des § 11 E.-G. z. G. V. G. ist kein Muster von Klarheit und Durchsichtigkeit: vielleicht darum, weil er das Werk eines Kompromisses ist, bei dem principielle Gegensätze sicherlich nicht auszugleichen waren, sondern der unter der ganz allgemein gehaltenen Angabe, daß die öffentlichen Interessen zu schützen seien, zustande gekommen ist. Jedenfalls herrscht jetzt darüber Einigkeit, daß § 11 Abs. 2 mit gewissen Modifikationen etwas aufrecht erhält, was nach den allgemeinen Bestimmungen des § 11 Abs. 1 aufgehoben wäre, daß also Absatz 2 zu Absatz 1 sich wie die Ausnahme zur Regel verhält.

I. Inwieweit die Einzelstaaten durch § 11 beeinflußt sind, ist nicht unzweifelhaft. Die Zweifel knüpfen an die Worte „Unberührt bleiben" (§ 11 Abs. 2) an. Es ist vielfach die Auffassung vertreten worden, daß die Bestimmung des Abs. 2 nur für solche Staaten gelten könne, in denen zurzeit des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze, d. h. am 1. Oktober 1879, Vorschriften der in § 11, 2 genannten Art bereits bestanden. Diese Staaten sollen die Vorschriften auch (unter Festhaltung der gedachten Maßgaben) jederzeit ändern, nicht aber deren Anwendbarkeit er-

[1]) vgl. Hahn a. a. O. S. 1479, 1482, 1616 1635. Nadbyl, S. 819—822, Struckmann-Koch Note 1 zu § 11 u. Entsch. R. G. Zivilsachen Bd. XX S. 295.

weitern dürfen, also z. B. die letztere nicht auf solche Beamtenklassen erstrecken, für die jene Vorschriften bisher nicht bestanden[1]. Den Anlaß zu dieser Ansicht hat angeblich folgende Äußerung des Berichterstatters der Reichsjustizkommission im Reichstag gegeben:

„In den meisten Ländern Deutschlands ist die ganze Frage überhaupt nicht praktisch. weil, wo solche besondere Voraussetzungen des Einschreitens gegen Beamte nicht bestehen, sie auch in Zukunft nicht eingeführt werden können[2].“

Die gesetzgeberische Tätigkeit verschiedener deutscher Staaten kurz vor dem 1. Oktober 1879 läßt auf die Absicht schließen, jenen Zweifeln möglichst zu begegnen. So errichtete Bayern durch Gesetz vom 8. August 1878[3]) einen obersten Verwaltungsgerichtshof, so führte ferner Elsaß-Lothringen durch das Ausf.-Ges. z. G. V. G. vom 4. November 1878[4]) und Hessen durch das Ges. betr. die Ausführung des G. V. G. vom 3. September 1878[5]) die Vorentscheidung neu ein. Schließlich erließen die Großherzogtümer Mecklenburg durch Verordnung vom 10. Mai 1879[6]) Vorschriften des in § 11, 2 genannten Inhaltes. M. E. sind die Worte „Unberührt bleiben“ nicht auf die Fortdauer der landesgesetzlichen Bestimmungen zu beziehen, sondern es soll durch sie nur zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die Reichsgesetzgebung der weiteren Regelung der betr. Materie enthalten und diese weiterhin der Landesgesetzgebung überlassen will. Das Landesrecht ist demnach nicht nur nicht aufgehoben worden, sondern es ist auch befugt, die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 11,2 zu erweitern. Für diese Ansicht spricht auch die Bestimmung des Art. 3 E.-G. z. B. G. B., die für das Bürgerliche Gesetzbuch jeden Zweifel ein für allemal beseitigt und der alten Streitfrage

---

[1]) vgl. z. B. Glaser Bd. 1 § 27, III, 2; Loewe-Hellweg Note 2 und Struckmann-Koch Note 6 zu § 11.

[2]) vgl. Wach S. 201 f.

[3]) vgl. Bayr. Gesetz- u. Verordn.-Bl. 1878 S. 396 ff.

[4]) vgl. Ges.-Bl. f. Els.-Lothr. 1878 S. 65.

[5]) vgl. Großh. Hess. Reg.-Bl. 1878 S. 103.

[6]) vgl. Reg.-Bl. f. d. Großh. Meckl.-Schwerin 1879 S. 101 und Offiz. Anzeiger f. d. Großh. Mecklenb.-Strelitz 1879 S. 137.

die Spitze abbricht[1]). Mit Recht deutet darum Wach[2]) darauf hin, daß der Ausdruck „Unberührt bleiben“ hier in seinem gewöhnlichen Sinne und analog den Bestimmungen der §§ 15, 16 und 17,2 E.-G. z. Z. P. O. gebraucht worden ist. Daß auch diese Ansicht von weiteren Kreisen geteilt wird, beweist der Umstand, daß Baden erst durch Gesetz vom 24. Februar 1880[3]) seine landesrechtlichen Bestimmungen dem Reichsrecht entsprechend geändert hat. Nirgends in der Literatur Badens habe ich Zweifel über die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieses Gesetzes gefunden. (Zu Vorstehendem vgl. auch unten § 34.)

II. Diejenigen landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die Verfolgung der Beamten an „besondere Voraussetzungen“ gebunden war, sind durch § 11, 1 außer Kraft gesetzt worden. Da Absatz 2, wie oben gesagt, zu Absatz 1 sich wie die Ausnahme zur Regel verhält, so sind also als „besondere Voraussetzungen“ im Sinne des Abs. 1 alle diejenigen Bedingungen für die Verfolgung anzusehen, die über das Erfordernis einer Vorentscheidung im Sinne des Abs. 2 hinausgehen: so z. B. die vorgängige Genehmigung einer Behörde. Eine solche verlangte Art. 75 der französischen Konstitution vom 22. frimaire VIII und sie war erforderlich in denjenigen Landesteilen, die die Bestimmung des Art. 75 übernommen hatten d. h. in den linksrheinischen Teilen von Bayern und Hessen, sowie in Elsaß-Lothringen[4]). Eine solche „besondere Voraussetzung“ war auch die nach § 3 des preuß. Konfliktsgesetzes vom 13. II. 54 dem Kompetenzgerichtshof übertragene Prüfung der Frage, ob der Beamte sich einer zur gerichtlichen Verfolgung geeigneten Amtsüberschreitung schuldig gemacht habe. Bei der Dehnbarkeit des Begriffes „zur Verfolgung geeignet“ kam diese Bestimmung inhaltlich der Bestimmung des Art. 75 beinahe gleich. Ihre Aufhebung ergab sich auch aus der in Absatz 2 enthaltenen materiellen Beschränkung der Vorentscheidung. Schließlich gehören hierher auch solche Bestimmungen,

---

[1]) vgl. auch Entsch. d. R. G. i. Zivils. Bd. 7 S. 348 u. 399 und die Motive zu Art. 3 E.-G. z. BGB.

[2]) S. 201 f.

[3]) vgl. Ges.- u. Verordn.Bl. f. d. Großh. Baden v. 1880 S. 29.

[4]) vgl. Sydow-Busch S. 9 Anm. 2. — Das Nähere findet sich in Teil III unter den Paragraphen, die den genannten Staaten gewidmet sind.

wie die für das Fürstentum Lippe-Detmold durch die Hofgerichtsgerichtsordnung von 1593 erlassene, wonach die Entscheidung über alle Ansprüche an Beamte, welche aus der Überschreitung oder Vernachlässigung ihres Amtes hergeleitet wurden, dem Landesherrn vorbehalten bleiben sollte[1]). Alle diese landesgesetzlichen Bestimmungen sind nach § 11, Abs. 1 außer Kraft gesetzt, jedoch nach § 11, Abs. 2, soweit sie zugleich den Voraussetzungen dieses Absatzes entsprechen, mit den dort angegebenen Modifikationen aufrecht erhalten worden.

III. Die in § 11,2 ausgesprochene Übertragung der Vorentscheidung auf den obersten Verwaltungsgerichtshof d. h. in Preußen auf das Oberverwaltungsgericht, veranlaßte die preußische Regierung zu dem Bestreben, an der Hand eines neuen Entwurfes das Verfahren bei der Konfliktserhebung wie ebenso das vor dem Oberverwaltungsgericht neu zu ordnen. Die Regierung mußte allerdings als ziemlich sicher voraussetzen, daß sie hiermit bei dem Abgeordnetenhause kein Entgegenkommen finden würde: denn dieses bestand nach wie vor auf völliger Abschaffung des Konfliktsgesetzes. Trotzdem gelangte der Entwurf zur Annahme und sein Inhalt wurde aufgenommen in §§ 83 und 83a des Ges. „zur Abänderung und Ergänzung des Gesetzes betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. VII. 1875 und Einführung desselben in den gesamten Umfang der Monarchie“ vom 2. VIII. 1880[2]). Danach sollte nach Maßgabe der Bestimmungen über das Verwaltungsstreitverfahren ohne Erhebung eines Kostenpauschquantums oder barer Auslagen und, ohne daß die den Parteien erwachsenden Kosten erstattet würden, das Oberverwaltungsgericht nach Anhörung der Parteien in mündlicher Verhandlung über den Konflikt entscheiden. Durch die wörtlich ebenso lautenden §§ 113 u. 114 des Ges. „über die allgemeine Landesverwaltung“ vom 30. VII. 1883[3]) wurden diese Bestimmungen aufrecht erhalten, so daß das preußische Oberverwaltungsgericht jetzt nach Vorschrift dieser Paragraphen verfährt. Im übrigen gelten für das Verfahren in Preußen auf er-

[1]) vgl. Hofgerichtsordnung von 1593 Teil II Titel 1 § 1. — vgl. auch oben § 4.

[2]) vgl. G.-S. 1880 S. 315 ff.

[3]) vgl. G.-S. 1883 S. 195.

hobenen Konflikt hin die Bestimmungen des Gesetzes vom 13. II. 1854 und des einen integrierenden Bestandteil desselben bildenden Gesetzes vom 8. IV. 1847.

IV. Die landesgesetzlichen Vorschriften der übrigen größeren deutschen Staaten, welche noch durch die Bestimmungen des § 11,2 E.-G. G. V. G. betroffen werden, sind jetzt zumeist in den Ausführungsgesetzen der betreffenden Staaten zum G. V. G. und zum B. G. B. enthalten. Hessen[1]) und Elsaß-Lothringen[2]) regeln dort sowohl für die straf- wie für die zivilrechtliche Verfolgung die Frage, welche Behörde die Vorentscheidung verlangen kann: in den Ausführungsgesetzen für Baden[3]) und Bayern[4]) findet sich die Frage nur für den Fall der zivilrechtlichen Verfolgung geregelt, während für die strafgerichtliche Verfolgung in Baden das Gesetz vom 24. II. 1880[5]) die erforderlichen Bestimmungen enthält, dagegen in Bayern in diesem Falle eine Vorentscheidung nicht mehr erforderlich ist[6]). In Württemberg, wo es überhaupt fraglich war, ob eine Vorentscheidung zu verlangen sei, da gesetzliche Bestimmungen des in § 11 E.-G. z. G. V. G. genannten Inhalts dort nicht existierten, ist auch durch das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch[7]) keine Regelung der Frage nach der gerichtlichen Verfolgbarkeit der Beamten getroffen worden, so daß dort also eine Einwirkung des § 11 E.-G. z. G. V. G. ausgeschlossen ist[8]).

Alle diese genannten landesgesetzlichen Vorschriften sollen nun in zwei Fällen unberührt bleiben: einmal, wenn durch dieselben die

[1]) Art. 77 des Ges. „die Ausführung des B. G. B. betr." v. 17. VII. 1899 (Großh. Hess. Reg. Bl. S. 133 ff.).

[2]) § 39 des Ges. „betr. die Ausführ. d. B. G. B." v. 17. IV. 1899 (Ges.-Bl. f. Els.-Lothr. S. 43).

[3]) Ges. „betr. die Ausführung d. B. G. B." vom 17. VI. 1899 (Ges.- und Verordn.-Bl. f. d. Großh. Baden S. 229).

[4]) A.-G. z. B. G. B. v. 9. VI. 1899 (Beilage zum Ges.- u. Verordn.-Bl. Nr. 28 S. 1).

[5]) Ges. „den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betr." (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 29).

[6]) vgl. Art. 2 des A.-G. z. Str.-Pr.-O. vom 18. VIII. 1879.

[7]) Vom 28. VII. 1899 (Reg.-Bl. f. d. Kgr. Württemberg 1899 S. 423—539) Art. 202—204.

[8]) Wenigstens nicht in dem Sinne, daß eine Beschränkung der Verfolgbarkeit verordnet worden wäre, was ja hier lediglich interessiert.

Verfolgung der Beamten für den Fall des Verlangens einer vorgesetzten Behörde, sodann wenn dieselbe unbedingt an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist. Es besteht also eine Alternative: im ersten Falle handelt es sich um die Frage, ob die gerichtliche Verfolgung fortdauern darf, im zweiten Falle um die Frage, ob die gerichtliche Verfolgung beginnen darf. Letztere Frage kam z. B. in Betracht bei Art. 75 der franz. Konst. v. 22. frimaire VIII und gilt jetzt noch für den Rechtszustand in Bayern (Art. 165 A.-G. z. B. G. B.) und Hessen (Art. 77 A.-G. z. B. G. B.), erstere dagegen ist von Bedeutung für Preußen (Ges. v. 13. II. 54), für Baden (Art. 5 Ges. betr. die Ausf. des B. G. B. und Art. 9 des Ges. v. 24. II. 1880: „Verlangen des vorgesetzten Ministeriums“), Elsaß-Lothringen (§ 39 Ges. betr. die Ausf. des B. G. B.: „Verlangen der vorgesetzten Behörde“) sowie endlich Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz (§ 2 Verordn. z. Ausf. von § 11 E.-G. z. G. V. G.: „Verlangen des Staatsministeriums“).

Teil II.

Die Rechtslage in Preußen.

1. Kapitel.

Gestaltung im Allgemeinen.

I. Das Geltungsgebiet des Konfliktsgesetzes.

§ 13.

I. Das Gesetz vom 13. Februar 1854 wurde für den gesamten damaligen Umfang der preußischen Monarchie erlassen. Nach dem Erwerbe neuer Landesteile wurde das Geltungsgebiet des Gesetzes auf die Neuerwerbungen durch besondere Anordnungen ausgedehnt. Auf die durch den Krieg von 1866 gewonnenen Länder sowie auf Schleswig-Holstein durch Art. IV der Verordnung „betr. die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Anwendung der Gesetze vom 8. April 1847 über das Verfahren bei Kompetenzkonflikten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden und vom 13. Februar 1854 über die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen in den durch die Gesetze vom 20. September und 24. Dezember 1866 der Monarchie einverleibten Landesteilen" vom 16. Sept. 1867[1]), auf Lauenburg durch § 3 des Gesetzes „betr. die Ausdehnung verschiedener Preußischer Gesetze auf den Kreis Herzogtum Lauenburg" vom 25. Februar 1878[2]) und endlich auf Helgoland durch § 1, II, 4 der Verordnung „betr. die Einführung Preußischer Landesgesetze in Helgoland" vom 22. März 1891[3]). Danach kann der Konflikt in sämtlichen zum Königreich Preußen gehörigen Gebietsteilen erhoben werden.

---

[1]) G.-S. S. 1515.

[2]) G.-S. S. 97.

[3]) G.-S. S. 39.

II. In persönlicher Beziehung gilt das Konfliktsgesetz für alle preußischen Beamten, ohne Rücksicht darauf. wo dieselben sich z. Z. der Amtsüberschreitung aufgehalten haben, mag es im Inlande oder im Auslande sein. So kann der Konflikt also erhoben werden zugunsten von Eisenbahn- oder Zollbeamten, die im Ausland stationiert sind, oder zugunsten von preußischen Konsuln bei anderen deutschen Staaten[1])[2]). (Weiteres über das persönliche Geltungsgebiet vgl. § 14 der Abhandlung.)

III. Wenn ich im Folgenden noch die Frage nach dem zeitlichen Geltungsgebiete des Konfliktsgesetzes erörtere, insbesondere die Frage, ob der Konflikt bei Amtshandlungen erhoben werden kann, die in der Zeit vor dem Inkrafttreten des Konfliktsgesetzes liegen, so wird man geneigt sein, dies für eine rein theoretische Betrachtung zu halten. Und doch kann, wie ein beinahe 30 Jahre nach Erlaß des Konfliktsgesetzes ergangenes Urteil des Oberverwaltungsgerichts beweist, die Frage auch jetzt noch der Entscheidung bedürfen[3]). Nämlich dann, wenn Preußen neues Gebiet erwirbt, wenn auf dieses die Bestimmungen des Konfliktsgesetzes ausgedehnt werden (vgl. oben I) und wenn der Konflikt zugunsten

[1]) Über den Umfang dieser konsularen Vertretung gibt ein anschauliches Bild Curt Rieß Auswärtige Hoheitsrechte der deutschen Einzelstaaten (Heft 11 der „Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht," herausgeg. von Brie und Fleischmann 1905) S. 22.

[2]) Der Fall aus den Entsch. d. O. V. G. Bd. 32 S. 451, wo der Konflikt zugunsten eines preußischen Legationssekretärs erhoben worden ist, kann hier wegen der Exterritorialität des Beamten nicht herangezogen werden.

[3]) vgl. Urt. des O. V. G. vom 13. VI. 1883 i. Bd. 10 der Entsch. d. O. V. G. S. 380. Der eigenartige Anlaß zur Klage sei hier kurz wiedergegeben: Als 1866 Schleswig-Holstein von Preußen in Besitz genommen und einem Oberpräsidenten unterstellt wurde, der zugleich die Funktionen eines Gouverneurs sowie landesherrliche Befugnisse erhielt, erließ dieser an die Geistlichen und Zivilbeamten Holsteins eine Verfügung, wonach sie ein schriftliches Gelöbnis ihrer Treue dem König von Preußen gegenüber einzureichen hatten. Ein Geistlicher weigerte sich, dies zu tun, und wurde deshalb vom Oberpräsidenten seines Amtes entsetzt: er fand nach 2 Jahren in Bayern eine neue, aber weniger einkömmliche Stelle. Als der Oberpräsident dann in den Ruhestand getreten war, erhob der Geistliche im Jahre 1881 gegen ihn Klage auf Ersatz des ihm infolge des niedrigeren Einkommens im Verhältnis zu früher entstandenen Schadens. Zugunsten des Oberpräsidenten wurde der Konflikt erhoben und das Oberverwaltungsgericht erklärte den Konflikt für begründet.

eines innerhalb des neuen Gebietes angestellten Beamten erhoben wird, der wegen solcher Amtsvergehen gerichtlich verfolgt wird, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Konfliktsgesetzes in dem neuen Gebiet liegen. Der Fall ist nicht unmöglich, er bedarf also der Erörterung. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 1 des Konfliktsgesetzes, wonach der Konflikt erhoben werden kann, wenn gegen einen Beamten die gerichtliche Verfolgung eingeleitet worden ist, sowie mit Rücksicht auf § 2 des Ges. v. 8. IV. 47, wonach der Konflikt nur dann nicht mehr erhoben werden kann, wenn die Sache rechtskräftig entschieden worden ist, erachte ich den Konflikt in einem solchen Falle für zulässig. Denn das Gesetz setzt nur 2 Bedingungen für die Erhebung des Konfliktes: die Verfolgung muß eingeleitet sein und die Sache darf noch nicht rechtskräftig entschieden sein, ohne Rücksicht darauf, wie weit die den Gegenstand der Verfolgung bildende Amtshandlung zeitlich zurückliegt. Abgesehen davon enthält das Konfliktsgesetz aber Bestimmungen, die das Verfahren betreffen, findet also, wie alle Prozeßgesetze, Anwendung auf diejenigen Sachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören und zur Zeit der Geltung des Gesetzes anhängig gemacht worden sind, ohne daß ein Unterschied hinsichtlich des Alters der Sachen gemacht wird (vgl. z. B. §§ 3,1 E.-G. z. Z.-P.-O. und E.-G. z. Str.-Pr.-O.). Danach kann also der Konflikt auch bei der Verfolgung wegen solcher Amtshandlungen erhoben werden, die vor dem Inkrafttreten des Konfliktsgesetzes liegen.

II. Voraussetzungen persönlicher Art.

§ 14. **Die Beamten.**

I. Nach § 1 des Gesetzes vom 13. Februar 1854 steht:

„wenn gegen einen Zivil- oder Militärbeamten ..... eine gerichtliche Verfolgung ..... eingeleitet worden ist, der vorgesetzten Provinzial- oder Zentralbehörde des Beamten ..... die Befugnis zu, den Konflikt zu erheben.“

1. Die Beamteneigenschaft ist danach unerläßliche Voraussetzung für die Erhebung des Konfliktes zugunsten des gerichtlich Verfolgten. Weder das Konfliktsgesetz noch § 11 E.-G. z. G. V. G.

lassen sich aber des näheren darüber aus, wieweit sie den Begriff „Beamter“ fassen wollen. Ebensowenig hat man bei den Vorverhandlungen, soweit ich sehe, Stellung zu dieser Frage genommen. Es bedarf daher in erster Linie der Festlegung, wer als Beamter im Sinne des Konfliktsgesetzes anzusehen ist. Man wird hier vor allen Dingen den Zweck des Konfliktsgesetzes im Auge behalten müssen. Der Zweck war der, die Selbständigkeit und Gleichberechtigung der beiden Staatsgewalten, Justiz und Verwaltung, zu wahren. Man hielt es für eine Verletzung dieses Prinzipes, wenn die richterliche Gewalt unbedingt über die Handlungen der Verwaltung zu befinden haben sollte. Es ergab sich also das Bedürfnis zum Konflikt aus allgemeinen Gründen der Staatsverwaltung[1]). Daraus folgt für unsere Zwecke jedenfalls, daß in möglichst weitem Umfange die Staatsbeamten von den Konfliktsbestimmungen haben getroffen werden sollen. (vgl. II.)

Nach Loening[2]) wird „in der Sprache der Gesetze wie in der Wissenschaft mit dem Wort „Beamter“ bald ein weiterer, bald ein engerer Begriff verbunden.“ Er meint, daß es nur einen allgemeinen Begriff gäbe, von dem verschiedene engere Begriffe abzuleiten seien, und bezeichnet den Beamten in der allgemeinsten Bedeutung als eine „Person, der die Verpflichtung auferlegt ist, in dienstlicher Unterordnung unter ein Organ des Staates bezw. eines Kommunalverbandes amtliche Funktionen auszuführen[3])“. Also scheiden aus die Mitglieder von Volksvertretungen, sowie die der Vertretungen von Kommunalverbänden, da sie einem Organ des Staates oder eines Kommunalverbandes nicht dienstlich untergeordnet sind. Es scheiden weiterhin diejenigen aus, die in Erfüllung einer allgemeinen Untertanenpflicht Verrichtungen ausüben, wie z. B. Schöffen und Geschworene sowie Soldaten[4]). Weiterhin ist also noch für die Beamteneigenschaft erforderlich, daß die Auferlegung der „Verpflichtung“ durch Anstellung er-

---

[1]) vgl. Bericht der Justizkommission in den Drucksachen der 2. Kammer von 1854 Bd. 1 Nr. 49.

[2]) Verwalt.-Recht S. 115.

[3]) Eine Aufzählung der verschiedensten Definitionen des Begriffes „Beamter“ findet sich in Müller's Justizverwaltung, Abschn. 8 Er selbst legt hauptsächlich Gewicht darauf, daß die Anstellungsbehörde klar erkennbar gemacht haben muß, ob die anzunehmende Person Beamter sein soll.

[4]) vgl. Leoni Öffentl. Recht S. 131.

folgt ist[1]). Sobald daher Militärpersonen nicht nur der allgemeinen Untertanenpflicht genügen, sondern den Militärdienst berufsmäßig ausüben, sind sie Beamte, denn dann sind sie als „angestellt" anzusehen. Der Konflikt kann also von diesem Gesichtspunkte aus zugunsten der Unteroffiziere (noch nicht der Kapitulanten), der Militärbeamten, der Militärpersonen mit Offizierrang und der Offiziere erhoben werden[2]). Dasselbe gilt auch für die Offiziere des Beurlaubtenstandes: das Reichsgericht sieht in deren Berufung zum Offizierdienst eine Bestallung für einen unmittelbaren Staatsdienst. Man kann dem m. E. unbedenklich beistimmen[3]), da auch diese Gattung von Offizieren durch die Ernennung zum Offizier angestellt wird.

Ebenso müssen alle diejenigen Personen, die sich im Vorbereitungsdienst befinden, trotzdem sie noch nicht Gehalt beziehen (z. B. Regierungs-, Forst- und Bergreferendare), zu den Beamten gerechnet werden, da auch sie ja förmlich angestellt werden und den Zweck verfolgen, dereinst im Staatsdienst ihren Lebensunterhalt zu finden[4]).

Auch die nur vorübergehend und außerordentlich zu einem Amt berufenen Personen — dazu gehören besonders die auf Probe, auf Kündigung oder sonst auf Widerruf angestellten, meist unteren Beamten (vgl. § 83 des Disziplinarges. v. 21. VII. 1852) — gelten als „Beamte", denn auch sie sind Angestellte. Aber auch z. B. der oben (S. 70) erwähnte, 1866 für Schleswig und Holstein bestellte Oberpräsident[5]) gehörte hierher.

---

[1]) vgl. Olshausen Kommentar zum Str. G. B. 7. Aufl. Bd. 2 S. 1407.

[2]) vgl. ähnlich Hauser Bd. 5 S. 13; v. Marck Bd. 2 S. 136; Schulze Bd. 1 S. 314 f. Stölzel Rechtsweg S. 60. And. Meinung Bornhak Staatsrecht Bd. 2 S. 25 f. und Meves in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. 3 S. 747.

[3]) vgl. Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 23 S. 17. In Sachsen, wo die Erlasse des Ministers des Innern v. 22. III. 1880 und des Kriegsministers v. 12. IV. 1888 (vgl. Reger Entscheid. der Gerichte u. Verw.-Beh. betr. Verw.- und Polizeistrafrecht Bd. 1 S. 111 und Bd. 9 S. 342) den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hatten, ist dieser durch Erlaß des Min. d. I. v. 14. XII. 1888 (Reger Bd. 9 S. 488) wieder aufgegeben worden.

[4]) Ebenso Löning Verw.-Recht S. 116 Anm. 4.

[5]) vgl. Erk. O. V. G. Bd. 10 S. 380 ff. und Thilo S. 290.

2. Der Beamte muß ferner, damit der Konflikt im Sinne des Gesetzes vom 13. II. 54 als zulässig angesehen werden kann, selbst für seine Person verklagt sein, nicht als Vertreter einer Korporation, denn das Gesetz verlangt, daß gegen den Beamten eine gerichtliche Verfolgung eingeleitet worden ist. Ist aber der Beamte, wie es in einem Urteil des Oberwaltungsgerichts heißt[1]), „für die Korporation“ verklagt, so wird damit in Zweifel gestellt, ob die Handlung ihm persönlich oder der von ihm vertretenen Korporation zuzurechnen ist, und es ist noch nicht die Rede davon, daß das Verfahren gegen ihn eingeleitet ist.

3. Ferner muß aber der Beamte Landesbeamter, nicht Reichsbeamter sein. Zwar können auch nach § 19 Satz 2 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 auf Reichsbeamte die Vorschriften des preußischen Rechts unter Umständen Anwendung finden, nämlich dann, wenn diese Reichsbeamten nicht Preußen sind, aber in Preußen ihren Sitz haben, wie z. B. die vom Reiche im Gesamtinteresse den Behörden der einzelnen Staaten bei der Verwaltung der Reichszölle und Abgaben zugewiesenen Kontrolleure (bei den Zoll- oder Steuerämtern) und Reichsbevollmächtigten für Zölle und Steuern (bei den Direktivbehörden), oder wenn sie außerhalb des Reiches wohnen und ihr Heimatsstaat über das in Frage stehende Rechtsverhältnis keine gesetzlichen Bestimmungen getroffen hat[2]). Jedoch ist das nur der Fall, soweit nicht durch die Reichsgesetzgebung Bestimmung getroffen worden ist. (§ 19 Satz 1 a. a. O.) Das ist aber in unserem Falle geschehen: durch § 13 des Reichsbeamtengesetzes nämlich in Verbindung mit § 70 G. V. G. sollte, wie unten (Teil III) näher zu erörtern sein wird, die gerichtliche Verfolgung der Reichsbeamten wegen amtlicher Vergehungen besonders geregelt sein. — Eine andere Frage ist es natürlich, ob die Bestimmungen des

---

[1]) vgl. Entsch. O. V. G. Bd. 25 S. 425.

[2]) Die Motive bezeichnen diese Bestimmung des § 19 als „notwendige Konsequenz des durch Art. 3 Reichsverf. begründeten gemeinsamen Indigenats.“ Man fürchtete, es möchte sonst eine „Scheidung zwischen Reich und Staat entstehen, die an sich und in ihren Eindrücken auf das Volksbewußtsein die gemeinsamen Interessen und die Anforderungen der nationalen Gesamtentwickelung nur schädigen kann.“ (vgl. Perels und Spilling Reichsbeamtengesetz 2. Auflage S. 65, I.)

preußischen Konfliktsgesetzes auf Reichsbeamte anwendbar sind wegen eines Falles aus einer Zeit, wo sie noch preußische Beamte waren[1]). Diese Frage ist aber auf dieselben Grundsätze zurückzuführen, wonach auch ein Konflikt zugunsten eines ausgeschiedenen Beamten erhoben werden kann. (vgl. unten III.)

II. Zu den hier in Betracht kommenden Gattungen gehören nach ausdrücklicher Vorschrift von § 5 des preußischen Konfliktsgesetzes nicht nur die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren Beamten. Dies entspricht dem oben erwähnten Zweck des Gesetzes, die Beamten in weitem Umfang zu treffen. Überdies begreift auch z. B. das A. L. R. II 10 § 1 ff., das für den Begriff „Beamter" bestimmend ist, ebenso wie § 359 Str. G. B., die mittelbaren Beamten unter die „Beamten". So hat das Oberverwaltungsgericht denn schon wiederholt über die Zulässigkeit der Konfliktserhebung zugunsten von Ortsvorstehern[2]), von Verwaltern der städtischen Polizei[3]), westfälischen Amtmännern[4]), Vorstehern der Gesamtarmenverbände[5]), Dirigenten einer freiwilligen, unter polizeilicher Genehmigung gebildeten Feuerwehr[6]) und Amtsdienern[7]) zu befinden gehabt.

Auch die Lehrer[8]), soweit sie nicht an staatlichen Unterrichtsanstalten angestellt sind (wo die Beamteneigenschaft außer Frage steht), sind mittelbare Beamte. Zu ihnen gehören die Lehrer an Fortbildungsschulen und an gewerblichen Fortbildungsschulen[9]). Auch diese Art von Schulen stellt nämlich eine

[1]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 32 S. 451. Hier hatte das O. V. G. in einem Falle zu entscheiden, wo der frühere Kanzler einer preußischen Gesandtschaft, der ohne sein Ansuchen im Alter von 72 Jahren in den Ruhestand versetzt worden war, einen deutschen Botschafter, der z. Z. der Pensionierung des Kanzlers an der Spitze jener preußischen Gesandtschaft gestanden hatte, auf Ersatz des ihm durch seine frühzeitige Emeritierung enstandenen Schadens verklagt hatte!

[2]) vgl. z. B. Entsch. d. O. V. G. Bd. 25 S. 425.

[3]) vgl. z. B. O. V. G. Bd. 14 S. 420.

[4]) vgl. z. B. O. V. G. Bd. 8 S. 403.

[5]) Entsch. d. O. V. G. Bd. 41 S. 443.

[6]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 8 S. 403.

[7]) vgl. Preuß. Verw. Bl. Bd. 16 S. 267.

[8]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 16 S. 412 und Bd. 19 S. 445.

[9]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 30 S. 437.

kommunale Einrichtung dar und untersteht als solche, ebenso wie die Stadt selbst, der Aufsicht des Staates. Damit stehen diese Schulen den anderen Schulen gleich und die an ihnen angestellten Lehrer den an anderen Schulen angestellten. Mithin sind auch diese Lehrer mittelbare Staatsbeamte gemäß A. L. R. II, 10 § 69. Abgesehen davon bedeutet rein äußerlich der Besuch der Fortbildungsschulen für gewisse Klassen der Bevölkerung eine Fortsetzung des Schulzwanges, und die dort beschäftigten Lehrer haben dieselben Befugnisse wie die Volksschullehrer, so daß schon aus diesem Grunde die Gleichstellung gerechtfertigt sein dürfte. Bei den Lehrern wird der Konflikt besonders häufig erhoben: ihre Stellung bringt es mit sich, daß sie von kurzsichtigen Eltern wegen angeblicher Mißhandlungen und Beleidigungen der Kinder denunziert oder verklagt werden.

III. Die Vorschriften des preußischen Konfliktsgesetzes finden auch Anwendung auf Beamte, die aus dem Dienst bereits ausgeschieden sind: auch zugunsten dieser kann also der Konflikt erhoben werden. Der Staat hat ja auch hier ein Interesse an der Entscheidung, denn die Behörden erheben den Konflikt, der vom Standpunkt des Beamten aus in erster Linie dessen persönlichen Interessen dienen mag, nicht so sehr zugunsten der Person der Beamten, damit man erkenne, ob sie ihr Amt fleckenlos geführt haben, als vielmehr zugunsten des Amtes selbst. Diese Auffassung kehrt fast mit denselben Worten in vielen Entscheidungen des O. V. G. wieder[1]). Preußen schneidet übrigens in der Beziehung jeden Zweifel ab, indem § 4 des Konfliktsgesetzes die Bestimmungen dieses Gesetzes ausdrücklich auf einen aus dem Dienst bereits ausgeschiedenen Beamten und auf die Erben eines Beamten ausdehnt[2]). Danach kann also der Konflikt zugunsten pensionierter, entlassener und zur Disposition gestellter Beamten erhoben werden, soweit

[1]) vgl. Erk. d. O. V. G. in der Deutschen Juristen-Zeitung Bd. 2 S. 495: „denn durch die Erhebung des Konfliktes soll nicht nur die Person des Beamten, sondern ebenso und vornehmlich die Interessen des von ihm bekleideten Amtes geschützt werden" und Bd. 5 S. 398.

[2]) In Baden ist durch Art. 9—14 des Ges. v. 24. II. 1880, die fast wörtlich dem Inhalt der §§ 2—5 des preuß. Ges. v. 13. II. 54 entsprechen, dasselbe bestimmt worden.

noch im Amt vorgenommene Handlungen in Frage stehen[1]). Diese Bestimmung steht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung in Frankreich. Dort waren Kassationshof und Staatsrat gemeinsam zu einer entsprechenden Feststellung gekommen[2]). Nur für bestimmte Fälle und für bestimmte Beamte schuf der Staatsrat in einem Gutachten vom 8. XII. 1807, in welchem er den Art. 75 authentisch interpretierte, folgende spezielle Bestimmungen:

„1. que les comptables destitués ne peuvent être admis à se prévaloir de la prérogative constitutionelle, d'après laquelle les agents publics ne peuvent être mis en jugement qu'en vertu d'une décision du conseil d'Etat.

2. que les excomptables rétentionnaires de deniers publics peuvent être traduits devant les tribunaux criminels sur la simple dénonciation du ministre du trésor public au grand juge ministre de la justice, qui se fera rendre compte de l'instruction et des suites de la procédure."

Eine ähnliche Fortdauer der Beamtenqualität über den Zeitpunkt der Entlassung aus dem Dienst hinaus, und zwar hinsichtlich der durch das Amt übernommenen Pflichten (im Vorigen handelte es sich um die aus dem Amt resultierenden Rechte), ergibt sich aus den Bestimmungen des § 376 der Zivilprozeßordn. und § 53 der Strafprozeßordn. Danach dürfen öffentliche Beamte, „auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind", über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden.

IV. Zweifelhaft ist es, ob der Konflikt auch bei gerichtlicher Verfolgung von Geistlichen erhoben werden kann: Wissenschaft und Praxis nehmen zu der Frage in verschiedener Weise Stellung. Unbestritten ist, daß der Geistliche als solcher kein Staatsbeamter ist, auch nicht, wenn er ein kirchenregimentliches Amt, z. B. als Superintendent[3]), bekleidet. Das ergibt sich aus den Bestrebungen vor Erlaß und aus dem Sinne der preuß. Verfassungs-

---

[1]) Unrichtig ist darum die Bemerkung von Arndt Verf.-Urk. 1904 S. 303, daß Offiziere a. D. keine Landesbeamten im Sinne des Konfliktsgesetzes seien.

[2]) vgl. Foertsch S. 468 und Freund Absch. 2 Kap. 2 § 1.

[3]) vgl. Erk. d. O. V. G. Bd. 20 S. 451.

Urkunde. Es muß weiter jeder Staatsbeamte den in Art. 108 vorgeschriebenen Eid leisten: diesen Eid leisten aber die Geistlichen gemäß einer Kabinettsordre vom 8. IV. 1850, durch welche aus der Eidesformel der Geistlichen alle auf den Staat bezüglichen Worte ausgemerzt wurden, nicht. Daraus folgt, daß das bei Erlaß des Konfliktsgesetzes gültige Staatsrecht die Geistlichen nicht mehr als Staatsbeamte behandelt hat, weshalb auch ein Konflikt bei Geistlichen nicht erhoben werden kann. Hieraus darf aber, was nebenbei bemerkt sein mag, keineswegs gefolgert werden, daß überhaupt die noch nicht beeideten Beamten dem Konflikt nicht unterliegen, denn die Beamteneigenschaft wird mit der Verleihung des Amtes erworben, nicht mit der Leistung des Diensteides. Letzterer „bezeichnet nur den Zeitpunkt, mit dem die Ausübung der Amtsfunktion beginnt[1]," nicht dagegen den Zeitpunkt des Erwerbes der Beamtenqualität. Verwiesen sei hier zugleich auf § 359 Str. G. B., der keinen Unterschied macht, ob der Beamte den Diensteid geleistet hat oder nicht. —

Der Geistliche kann aber auch mit staatsamtlichen Funktionen ausgestattet sein. In diesem Falle nimmt er nach Ansicht der Praxis den Charakter eines Beamten an[2]. Die Wissenschaft dagegen leugnet neuerdings die Beamtenqualität des Geistlichen auch in diesem Falle[3]. Ich halte — es handelt sich hier in erster Linie um die mit der Schulaufsicht betrauten Geistlichen, wie Ortsschulinspektoren — den Standpunkt der Praxis für begründet. Insbesondere sind nach den Bestimmungen der §§ 1 und 2 des preuß. Gesetzes über die Schulaufsicht vom 11. März 1872 (G.-S. S. 183), wonach dem Staat allein die Schulaufsicht und die Ernennung der Schulinspektoren gebührt, die Ortsschulinspektoren als Beamte anzusehen. Befinden sich nun Geistliche in Ausübung staatsamtlicher Funktionen, so kann auch zu ihren Gunsten der Konflikt erhoben werden[4].

---

[1]) vgl. Meves in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 S. 747.

[2]) vgl. Erk. d. O. V. G. Bd. 8 S. 390 und Bd. 19 S. 435; ebenso v. Brauchitsch S. 421 ff. And. Mein. früher der K. G. H. (vgl. J.-M.-Bl. 1859 S. 237 ff.) ebenso Hartmann S. 46.

[3]) vgl. Schoen Evang. Kirchenrecht Bd. 1 S. 232 Anm. 1 und S. 236 Anm. 1.

[4]) Ebenso v. Roenne-Zorn Bd. 1 S. 424.

Auch hinsichtlich der Beamtenqualität der Mitglieder der Konsistorien und des evangelischen Oberkirchenrats herrschen Zweifel. Man neigt neuerdings dazu, sie nicht zu den Staatsbeamten zu rechnen[1]), und beruft sich darauf, daß Art. 15 der Verf.-Urkunde[2]) von der evang. Kirche wie von der katholischen Kirche als von einem vom Staat gesonderten Rechtssubjekt handele, welches eigene Angelegenheiten hat und diese selbständig ordnet. Danach habe die Verfassung die zur Verwaltung kirchlicher Angelegenheiten berufenen Personen nicht in den Dienst des Staates stellen wollen. Das Gesetz v. 3. VI. 1876 (G.-S. S. 125) habe diesen Grundsatz von neuem sanktioniert, indem es z. B. in Art. 21 den evangelischen Oberkirchenrat und die Konsistorien als Organe der Kirchenregierung bezeichne und in Art. 23 ff. diesen die „Staatsbehörden" gegenüberstelle. (Schoen.) Diese Deduktion halte ich für überzeugend und trete ihr bei[3]).

V. Daß für die Königlichen Forst- und Jagdbeamten der Konflikt erhoben werden kann, ist nicht bezweifelt[4]). Fraglich könnte es nur sein, ob auch die in Privatdiensten angestellten Forstbediensteten zu den Beamten zu rechnen sind. Die Frage ist mit Rücksicht darauf, daß diese Personen den in § 24 des preußischen Forstdiebstahlgesetzes v. 15. IV. 1878 (G.-S. S. 222) vorgesehenen Eid beim Amtsgericht leisten, dahingehend, daß sie Zuwiderhandlungen gegen das genannte Gesetz anzeigen wollen usw., vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung bejaht worden[5]). Denn durch diesen Eid übernehmen sie Funktionen dem Staate gegenüber, die nur von Beamten des Staates ausgeübt

---

[1]) vgl. v. Roenne-Zorn Bd. 1 S. 424 und Schoen Bd. 1 S. 232 ff.

[2]) Die Aufhebung des Art. 15 durch das Ges. v. 18. VI. 1875 hat nichts an dem durch denselben geschaffenen Rechtszustand geändert.

[3]) And. Mein. Arndt in Birkmeyer's Encyklopädie S. 833 f.

[4]) vgl. Erk. O. V. G. Bd. 1 S. 40 und Zachariae Bd. 2 § 133 ff.

[5]) vgl. Entsch. d. R. G. in Strafsachen Bd. 2 S. 306, Bd. 4 S. 214, Bd. 10 S. 106 und Bd. 16 S. 321 sowie „Rechtspr. d. dtsch. R. G. in Strafsachen" Bd. 8 S. 102. Ebenso auch die allgemeinen Ausführungen bei Reger-Dyroff S. 163, wo die Ansicht vertreten wird, daß sogar die sog. „gelernten Jäger," die in Niemandes Diensten stehen, als Beamte im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. anzusehen sind, sofern sie eine mit obrigkeitlicher Gewalt verbundene Funktion versehen. vgl. ferner Parey Selbstverwaltung 1888 S. 107 ff.

werden können, da nur Beamte zum Staat in einem dauernden Pflichtverhältnis dieser Art stehen.

VI. Ausgeschlossen von den Bestimmungen des Konfliktsgesetzes bleiben jedoch gemäß § 7 diejenigen Fälle, in denen die gerichtliche Verfolgung eingeleitet ist:

1. gegen richterliche Beamte,
2. gegen andere Justizbeamte, mit Ausnahme der Beamten der Staatsanwaltschaft[1]) und der gerichtlichen Polizei,

(3. ehedem gegen die im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln angestellten Hypothekenbewahrer[2]) und Zivilstandsbeamten[3])).

Unter „richterlichen Beamten" sind solche Beamte zu verstehen, die bei der Justiz (vgl. den Gegensatz „andere Justizbeamte") mit richterlichen Funktionen betraut sind, sei es als fest angestellte, sei es als Hilfsrichter. Das sind aber nur die bei den ordentlichen Gerichten angestellten Richter, einschließlich der Präsidenten, Senatspräsidenten und Direktoren, sowie die Assessoren. Es fallen also heraus die bei den besonderen Gerichten im Sinne des § 14 G. V. G. (Stromgerichte, Agrargerichte, Gemeindegerichte, Gewerbegerichte und ferner Kaufmannsgerichte) und die bei den Verwaltungsgerichten angestellten richterlichen Beamten. Also auch, um zwei wichtige Beispiele zu nennen, die Mitglieder der Generalkommissionen und der Bezirksausschüsse, wiewohl diese mit Bezug auf die Disziplin dem richterlichen Disziplinargesetz vom 7. Mai 1851 unterstehen (vgl. § 66 des Ges. betr. die Dienstvergehen

---

[1]) Im jeweiligen Umfang ihrer Tätigkeit. Also würden heute auch die vom Justizministerium (Staatsanwaltschaft) ressortierenden Beamten der Gefängnisse hierher gehören, nämlich die Gefängnisdirektoren und Gefängnisgeistlichen — — Gefängnisinspektoren, Inspektionsassistenten, Ingenieure bei den Gefängnissen — — etatsmäßigen Lehrer bei den Gefängnissen — — Gefangenenoberaufseher und -Oberaufseherinnen, Gefangenenaufseher und -Aufseherinnen.

[2]) Durch § 1 des preuß. Ges. v. 18. VII. 1896 „betr. die Aufhebung der Hypothekenämter im Geltungsbereiche des Rheinischen Rechts" (G.-S. S. 165) aufgehoben.

[3]) Seit dem Reichspersonenstandsgesetz vom 6. II. 1875 den übrigen Standesbeamten gleichgestellt.

der Richter v. 7. V. 1851 und § 32 des Ges. über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. VII. 1883.)

Zu den „anderen Justizbeamten" gehören nur die Beamten der Gerichte (nicht auch die sonst mit der Justizverwaltung betrauten Organe der Rechtspflege, wie der Justizminister und die Beamten des Justizministeriums[1])) d. h.

1. von den höheren Justizbeamten: die Notare,

2. von den Subalternbeamten: die Referendare — — Rechnungsrevisoren, Kalkulatoren, Rendanten, Vorsteher beim Einziehungsamt, Oberbuchhalter, Kassierer, Buchhalter, Assistenten — — Sekretäre, Registratoren, Kanzlisten — — der Häuseradministrationsinspektor in Berlin — — die Dolmetscher, Kanzleibeamten — — Gerichtsvollzieher — — diätarisch angestellten Gehülfen für den Bureau-, Kassen- und Kanzleidienst, sowie die Justizanwärter,

3. von den unteren Beamten: die Botenmeister, Kastellane, Kanzleidiener und Gerichtsdiener.

Zu den unteren Justizbeamten treten noch unter Umständen verschiedene Personen, welche lediglich mechanische Dienstleistungen verrichten, nämlich dann, wenn für dieselben bei den in Frage kommenden Gerichten und Gefängnissen etatsmäßige oder diätarische Stellen vorgesehen sind. Ist das letztere nicht der Fall, so sind diese Personen nur auf Grund eines kontraktlichen Verhältnisses tätig und sind keine Justizbeamte. Dahin würden gehören: Aktenhefter, Drucker, Aktenträger, Nachtwächter, Ofenheizer, Haushälter, Hausdiener, Pförtner und Gärtner[2]).

Entscheiden bei diesen Beamten allen die Gerichte in vollem Umfange über die Schuldfrage, so ist eine Gefährdung der Selbstständigkeit der Verwaltung nicht zu befürchten, da eine Kollision der Kompetenz nur bei verschiedenartigen Ressorts stattfinden kann, Beamte der Justiz aber mit der richterlichen Funktion dieses Ressorts nicht zusammenstoßen können[3]). Aus diesem Grunde

---

[1]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 47 S. 436. Näheres folgt unten Teil 2 Kap. 2 bei den „Staatsministern".

[2]) vgl. zu alledem Müller Justizverwaltung Abschnitt 8 und 22. — Dem steht Arndt Verf.-Urk. 1904 S. 303 mit folgender Aufzählung gegenüber: Richterliche Beamte, Gerichtsvollzieher und Notare!

[3]) vgl. Drucksachen der 1. Kammer 1852/53 Bd. 5 No. 349.

hat das Konfliktsgesetz die Bestimmungen über den Konflikt auf diese Beamten nicht für anwendbar erklärt.

VII. Ob der Staat, wenn er selbst wegen Amtsüberschreitungen seiner Beamten in Anspruch genommen würde, zu einem Ersatz des durch dieselben verursachten Schadens verpflichtet ist, ist eine bisher noch unausgetragene Streitfrage. Löning [1]) z. B. verneint die Verpflichtung, es sei denn, daß der Staat die Haftung durch positiven Rechtssatz übernommen habe. Das Letztere ist zurzeit in 10 deutschen Staaten geschehen, und zwar an Stelle des Beamten in Bayern, Württemberg, Coburg-Gotha, Reuß j. L., nach Art eines Bürgen in Hessen, Sachsen-Weimar-Eisenach, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß ä. L. und in Elsaß-Lothringen. Die beiden Mecklenburg und Anhalt lehnen jede Haftung ab, im Kgr. Sachsen wird gewohnheitsrechtliche Haftung des Staates angenommen [2]). In Preußen fehlt bisher eine gesetzliche Regelung der Frage, jedoch nur für das ehemals landrechtliche und für das gemeinrechtliche Gebiet: in der Rheinprovinz, wo durch Art. 89 Nr. 2 des A.-G. z. B. G. B. der Art. 1384 des Rheinischen Bürgerlichen Gesetzbuches aufrecht erhalten worden ist [3]), haftet auch jetzt schon der Staat für den von seinen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Die aufgeworfene Frage könnte für diesen Teil Preußens also schon jetzt praktisch werden. Es ist aber auch kaum anzunehmen, daß sich Preußen noch lange der allgemeinen Bewegung, die auf allgemeine Einführung einer solchen Haftpflicht des Staates gerichtet ist, wird entziehen können. In dieser Beziehung darf jetzt auf die Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages [4]) verwiesen werden. Ob dem Staate, wenn er die Haftung übernimmt, in prozeßrechtlicher Beziehung derselbe Schutz zuteil wird, den er seinen Beamten zukommen

[1]) „Die Haftg. des Staates aus rechtswidr. Hdlg. sein. Beamten“ 1879 S. 45 ff. u. 93 ff.

[2]) vgl. Gierke in Bd. 1 S. 120, 125 und 126 der Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages 1906.

[3]) vgl. Entsch. R. G. Zivils. Bd. 54 S. 19.

[4]) vgl. Gutachten von Gierke in Bd. 1 S. 102, von v. Herrnritt in Bd. 2 S. 324 sowie die Ausführungen von Wildhagen, Leonhard (Marburg) und Fleischmann in Bd. 3 Abt. 1 S. 133, 154, 157, 161.

läßt, ist durch das Konfliktsgesetz nicht gesagt. Aber, da der Staat nur aus denselben Gründen zur Verantwortung gezogen wird, wie der Beamte[1]), und da er für den Beamten einspringt, so wird man die Rechtslage auch nicht anders als nach dem Konfliktsgesetze beurteilen können. Ist es also gestattet, daß die vorgesetzte Zentral- oder Provinzialbehörde den Konflikt erhebt, wenn der Beamte gerichtlich verfolgt wird, so muß es auch gestattet werden, eine Vorentscheidung zu verlangen, wenn der Staat gerichtlich in Anspruch genommen wird[2]).

VIII. Bei einzelnen Beamtenkategorien bestehen besondere Zweifel oder es ist eine so reichliche Rechtsprechung vorhanden, daß es zweckmäßig erscheint, sie zu besonderer Darstellung zu verweisen. Das ist für die Staatsminister, die Militärpersonen sowie für die Polizeibeamten und Gendarmen geschehen. (2. Kapitel dieses Teiles.)

§ 15. Die Behörden.

I. Die Befugnis, den Konflikt zu erheben, steht nach § 1 des Ges. v. 13. II. 54 der „vorgesetzten Provinzial- oder Zentralbehörde des Beamten" zu.

1. Wenn das Gesetz von der „vorgesetzten" Behörde spricht, so ist dies zurückzuführen auf den Wortlaut des Art. 97 der Preuß. Verf., zu dessen Ausführung das Gesetz, wie oben (§ 8) dargestellt, erlassen worden ist. Die Regierung hatte damals bei den Beratungen der Verfassungsurkunde beantragt, den zweiten Satz des Art. 97 so zu fassen, daß „eine vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde nicht verlangt werden dürfe," da gerade sie ja „als gewissermaßen bei der Sache beteiligt" anzusehen sei. (vgl. oben § 7.) Der Antrag war bedenkenlos angenommen worden. Insofern unterscheidet sich nun der Konflikt vom Kompetenzkonflikt[3]), denn zur Erhebung des letzteren ist nach § 5 der Verordnung betr. die Kompetenzkonflikte

[1]) vgl. Kisch Els.-Lothr. Landesprivatrecht S. 349 und Molitor Ges. betr. die Ausf. d. B. G. B. in Els.-Lothr. S. 74.

[2]) So ausdrücklich jetzt Bayern A.-G. z. B. G. B. Art. 165 (vgl. unten § 31).

[3]) Weitere Unterschiede vgl. Gravenhorst Betrachtungen aus der Lehre vom Konflikt. Inauguraldissertation Halle a. S. 1907 S. 21 ff.

v. 1. August 1879[1]) nur die Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörde befugt. Jedoch ist nicht unbedingt erforderlich, daß die vorgesetzte Behörde den Kompetenzkonflikt erhebt, vielmehr steht die Befugnis allgemein derjenigen Behörde zu, deren Ressort durch das eingeleitete Verfahren berührt wird, da jede Behörde Amtshandlungen nur innerhalb desjenigen Geschäftskreises vornehmen kann, der ihr durch ihre amtliche Stellung zugewiesen ist[2]). Auf diese Weise wäre es denkbar, daß in demselben Rechtsverfahren von der einen Behörde der Konflikt und von der anderen Behörde der Kompetenzkonflikt erhoben wird[3]).

2. Zweifelhaft ist die Frage, welche vorgesetzte Behörde zur Erhebung des Konfliktes befugt ist: diejenige, welche zurzeit der Konfliktserhebung vorgesetzt ist, oder diejenige, welche zu der Zeit vorgesetzt war, als der Beamte sich der die gerichtliche Verfolgung veranlassenden Überschreitung der Amtsbefugnisse angeblich schuldig gemacht hat? Oppenhoff[4]) meint grundsätzlich, daß es auf die letztere ankomme: er nimmt Bezug auf § 4 des Konfliktsgesetzes. Dieselbe Ansicht vertreten mehr oder weniger einheitig die in der Deutschen Juristen-Zeitung abgedruckten Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 2. VII. 1897 und 16. I. 1900[5]), auf welche Oppenhoff auch Bezug nimmt. Frühere Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 17. XII. 1890 und 11. III. 1891 jedoch haben[6]) beide Behörden zur Konfliktserhebung für befugt erachtet, sowohl die zurzeit der Konfliktserhebung als die zurzeit der Begehung der

---

[1]) vgl. G.-S. S. 573.

[2]) vgl. Oppenhoff S. 400 Anm. 18, S. 480 Anm. 111.

[3]) vgl. Erk. d. O. V. G. v. 12. III. 1892 No. I 286 bei Oppenhoff S. 401 Anm. 19: dasselbe ist offenbar amtlich nicht veröffentlicht worden und es ist bei Oppenhoff keine Begründung beigegeben. Es handelt sich um einen Fall, wo ein Polizeibeamter bei einer strafgerichtlichen Untersuchung auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft tätig gewesen und dafür gerichtlich belangt worden ist. Der Oberstaatsanwalt hatte darauf den Kompetenzkonflikt, die Regierung den Konflikt erhoben.

[4]) S. 402 Anm. 24.

[5]) vgl. Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 2 S. 495 und Bd. 5 S. 398.

[6]) vgl. die bei Oppenhoff S. 402 aufgeführten Nummern der genannten Urteile: 1890 No. I 1299 und 1891 No. I 284. Auch diese Urteile sind anscheinend nicht mit einer Begründung veröffentlicht worden.

Tat vorgesetzte[1]). Dem möchte ich beistimmen, denn es ist anzunehmen, daß die oberen Instanzen einheitliche Interessen der Verwaltung verfolgen und daß darum der Gesetzgeber keine Veranlassung hatte, die eine Behörde vor der anderen für vornehmlich zuständig erklären zu wollen. Daß sich Oppenhoff auf § 4 des preuß. Konfliktsgesetzes beruft, kann seine Ansicht nicht stützen. Denn ausdrücklich sagt § 4 nichts und gemeint kann doch nur sein, daß in jenem Falle, wenn der Beamte schon ausgeschieden ist, weil es an einer zurzeit vorgesetzten Behörde fehle, die zurzeit der Tat vorgesetzte Behörde zur Erhebung des Konfliktes berufen sei. Aber auch das ist nicht einmal richtig, denn der Beamte könnte ja vor dem Ausscheiden seit der Tat auch schon seine Stellung gewechselt haben. Jedenfalls nötigt uns nichts, aus der Zwangslage, in der man sich bei einem ausgeschiedenen Beamten befände, eine Regel werden zu lassen. Wenn Oppenhoff sich weiterhin, wie erwähnt, auf die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts beruft, so ist allerdings richtig, daß das in Bd. 2 der Dtsch. Juristen-Zeitung erwähnte Urteil sagt: „denn durch die Erhebung des Konfliktes soll nicht nur die Person des Beamten, sondern ebenso und vornehmlich die Interessen des von ihm bekleideten Amtes geschützt werden.“ Das ist aber auch Alles, was von einer Begründung abgedruckt ist, und das halte ich für unzulänglich. Seine Berufung „ferner“ auf Bd. 5 der Dtsch. Juristen-Zeitung kann seine Ansicht aber ebensowenig stützen, denn das dort erwähnte Urteil betont nur, daß die zurzeit der Begehung der Tat vorgesetze Behörde für die Erhebung des Konfliktes nicht ausgeschlossen sei, läßt also die Frage offen.

3. Eine bestimmte Reihenfolge unter den zur Erhebung des Konfliktes befugten Behörden gibt es nicht: es ist also z. B. nicht Vorschrift, daß etwa die Provinzialbehörde nur dann den Konflikt erheben dürfte, wenn die Zentralbehörde die Erhebung abgelehnt hat, oder umgekehrt. Sehr oft geschieht es, daß die Zentralbehörden zuerst den Konflikt gar nicht erheben, sondern dies zunächst den Provinzialbehörden überlassen. Später treten sie dann dem Beschluß der Provinzialbehörde bei und machen die

[1]) vgl. v. Brauchitsch 15. Aufl. Bd. 1 S. 606.

Erhebung des Konfliktes seitens der letztgenannten Behörde zu der ihrigen[1]) oder sie beschränken sich darauf, den Beschluß rein äußerlich zum Zeichen ihrer Zustimmung zu genehmigen[2]). Ist dies der Fall, so würden dadurch auch etwaige Mängel in der Zuständigkeit der Provinzialbehörde geheilt, wofern nur wenigstens der betr. Zentralbehörde die Zuständigkeit innewohnt[3]).

II. Zentralbehörden sind diejenigen Behörden, deren Wirkungskreis das ganze Staatsgebiet umfaßt. Man wird alle diejenigen Behörden dazu rechnen müssen, die im „Handbuch für den Königlich Preußischen Hof und Staat" als „Oberste Staatsbehörden" genannt sind mit Ausnahme der Häuser des Landtages. Das sind also:

1. Die Ministerien. Ob ihnen aber in dieser Beziehung das Ministerium des Kgl. Hauses gleichzustellen ist, ist zum wenigsten zweifelhaft. Stölzel[4]) scheint auch Bedenken zu tragen, da er sich lediglich auf die Bemerkung beschränkt: „Auch der Minister des Kgl. Hauses ist vom Komp. Ger. Hof dahin gerechnet worden." Mit Rücksicht darauf, daß dem Hausministerium nur die Verwaltung der persönlichen und Vermögensangelegenheiten des Königs und des Kgl. Hauses untersteht, möchte ich es ablehnen, dasselbe mit zu den Staatsverwaltungsbehörden zu rechnen, welche den Konflikt zu erheben befugt sind.

2. Das Staatsministerium.

3. Der Staatsrat (von der Frage seines Fortbestandes mag abgesehen werden[5]).

4. Die Oberrechnungskammer zu Potsdam.

Auch der Chef der Landgendarmerie ist mit zu den Zentralbehörden gezählt worden[6]). Dem kann man jedoch nicht

[1]) Erk. K. G. H. 9 u. 30. I. 58 i. J.-M.-Bl. 58, S. 91—95 und 110 ff. sowie v. 24. X. 57 i. J.-M.-Bl. 59, S. 250 f. Ferner Erk. O. V. G. 11. XII. 89. i. Bd. XIX, S. 435 - 439.

[2]) Erk. K. G. H. v. 23. VI. 58 i. J.-M.-Bl. 1859, S. 237—240.

[3]) vgl. die Entsch. d. K. G. H. v. 13. I. 1877 (bei Stölzel Rechtsprechung S. 472).

[4]) Rechtsweg und K. K. S. 364 Anm. 4.

[5]) Daß der Staatsrat aber 1884 zuletzt einberufen gewesen sei, wie Stier-Somlo in der „Sammlung preußischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts" München 1906 S. 31 anmerkt, ist unrichtig.

[6]) vgl. Erk. K. G. H. v. 11. IX. 1875 (Min. Bl. f. d. inn. Verw. S. 236)

beistimmen, und zwar mit Rücksicht darauf, daß die Landgendarmerie vom Kriegsminister (in Rücksicht auf Disziplin und übrige innere Verfassung) und vom Minister des Innern (in Ansehung ihrer Wirksamkeit und Dienstsleistung) ressortiert d. h. unter einer Zentralbehörde steht. Dasselbe gilt für die Staatsschuldenkommission in Berlin, welche die Aufsicht über die Hauptverwaltung der Staatsschulden führt: letztere ist nämlich dem Finanzminister untergeordnet und nur inbezug auf Ausgabe, Verzinsung und Einziehung der Schuldurkunden selbstständig und allein verantwortlich.

Den evangelischen Oberkirchenrat, über dessen Stellung Zweifel geherrscht haben[1]) rechne ich nach dem in § 14, IV Gesagten nicht zu den Zentralbehörden.

Sodann hat sich zu den Zentralbehörden auch das Reichsversicherungsamt gerechnet: dies ist wenigstens aus einem Rundschreiben des Reichsversicherungsamtes an die Vorstände der seiner Aufsicht unterstellten gewerblichen Unfall-Berufsgenossenschaften zu folgern. In diesem Rundschreiben vom 19. Dezember 1890 werden die genannten Vorstände aufgefordert, Rechtsstreitfälle, die innerhalb des Genossenschaftsbezirkes anhängig sind, dem Reichsversicherungsamt mitzuteilen, damit dieses geeignete Schritte ergreifen könne, um zu vermeiden, daß bisweilen über ein und dieselbe Sache ganz verschiedene Urteile ergehen, je nachdem dieselben von dem Reichsversicherungsamt, dem Reichsgericht oder Oberverwaltungsgericht gefällt werden. Hilse, der sich über die Stellung des Reichsversicherungsamtes zu dieser Frage äußert[2]), macht demselben den Vorwurf, daß es sehr oft den von den andern Spruchbehörden befolgten Rechtsgrundsätzen entgegen entschieden habe und speziell die Vorschriften der landesrechtlichen Gesetze oft arg mißachtet habe[3]). Dieser Vorwurf scheint auch berechtigt, wenn wir hören, daß das Reichsversicherungsamt in seiner Eigenschaft als Reichsbehörde sich auf Grund des preußischen Gesetzes v. 13. II. 54 als Zentral-

[1]) vgl. Stölzel Rechtsweg S. 365. Anders Arndt in Birkmeyers Encyclopädie S. 833 f.

[2]) Vgl. Hilse in Gruchot Bd. 35. S. 800—807.

[3]) Vgl. Hilse a. a. O., S. 800.

behörde im Sinne dieses Gesetzes betrachtet, besonders mit Rücksicht darauf, daß schon 5 Jahre vorher das Oberverwaltungsgericht sich mit derselben Frage beschäftigt und dabei den Satz aufgestellt hat, „daß es an einer Gesetzesstelle fehlt, welche den Reichsbehörden das den Landesbehörden zustehende Recht überträgt, in schwebende Rechtsstreite einzugreifen und die Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens herbeizuführen“ [1]. Hilse weist nun ausführlich an der Hand verschiedener Urteile nach, daß dem Reichsversicherungs-Amt keineswegs, auch nicht infolge analoger Anwendung von Vorschriften anderer Gesetze, die Befugnis zur Erhebung des Konfliktes zugesprochen werden kann.

Und dem ist zuzustimmen. Abgesehen davon nämlich, daß nur Landesbehörden, nicht Reichsbehörden gemäß § 1 Gesetz vom 13. Febr. 1854 zur Erhebung des Konfliktes als befugt anzusehen sind, fehlt dem Reichsversicherungsamt nach den ihm zustehenden Befugnissen überhaupt die Eigenschaft einer Zentralverwaltungsbehörde. Denn es hat nur die Aufsicht über die Verwendung des Genossenschaftsvermögens, über die Anwendung richtiger Grundsätze bei der Festsetzung der Umlagen und über die Geschäftsführung der einzelnen Berufsgenossenschaften sowie über die Amtstätigkeit der diesen zugeteilten Vorstände: die Genossenschaftsvorstände sind aber den ordentlichen Landesverwaltungsbehörden garnicht unterstellt. Mit demselben Schein von Recht, wie das Reichsversicherungsamt, könnte z. B. auch das Reichsbankkuratorium den Anspruch erheben, als Zentralbehörde im Sinne des § 1 a. a. O. angesehen zu werden: das wäre für ebenso ungerechtfertigt zu halten.

III. Außer den Zentralbehörden sind noch die Provinzialbehörden zur Erhebung des Konfliktes befugt. Das Konfliktsgesetz bezeichnet den Umfang der Provinzialbehörden nicht näher. Auch hier wird sich im wesentlichen aus dem Amtsschematismus, wie ihn das amtliche Handbuch für den preuß. Hof und Staat ersehen läßt, ergeben, welche Stellen als Provinzialbehörden zu erachten sind. Man wird dabei aber zu berücksichtigen haben, daß die Abgrenzung der räumlichen Zuständigkeit auf eine Pro-

[1] Vgl. Erk. d. O. V. G. i. Bd. 15 der Entsch. S. 406.

vinz im heutigen Sinne für den Begriff nicht maßgebend zu sein braucht. Man muß nämlich Provinzialbehörden in einem älteren und einem neueren Sinne unterscheiden [1]). Der ältere Begriff ist hier zu Grunde zu legen. Danach sind unter Provinzialbehörden diejenigen Behörden zu verstehen, welche als höchste von den verwaltenden, nicht lediglich kontrollierenden, Behörden unmittelbar dem Minister unterstellt sind, gleichgültig, ob ihr Bezirk räumlich nur Teile einer Provinz umfaßt oder über eine Provinz hinausgeht. Dazu gehört aber auch, was von besonderer Wichtigkeit ist, die Bezirksregierung, da der Oberpräsident ursprünglich nur als ein in die Provinz delegierter Vertreter des Ministers galt. Daß das Wort „Provinzialbehörde" vom Konfliktsgesetz in diesem älteren Sinne gebraucht worden ist, dafür kann als Beleg das der gleichen Zeit entstammende Gesetz betr. die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten vom 21. VII. 1852 (G.-S. S. 465) angesprochen werden. Nach § 24 dieses Gesetzes sind folgende Behörden Provinzialbehörden — können also als solche auch den Konflikt erheben:

1. die Regierungen,
2. die Provinzialschulkollegien,
3. die Provinzialsteuerdirektionen,
4. die Oberbergämter,
5. die Generalkommissionen,
6. das Polizeipräsidium zu Berlin [2]).

Diesen Behörden sind später gleichgestellt worden:

7. die Kgl. Eisenbahndirektionen (durch § 1 des Ges. v. 17. VI. 1880. G.-S. S. 271),

---

[1]) Nach den Vorlesungen von Privatdozent Dr. jur. Fleischmann in Halle a. S. über „Verwaltungsrecht" unter Verweis auf Ulrich Fritze „Zusammenstellung der Behörden, welche den preußischen Landes- und den deutschen Reichsfiskus in Prozessen zu vertreten befugt sind" 1891 S. 21 ff.

[2]) Die Militärintendanturen scheiden aus, da die Militärverwaltungsbeamten jetzt Reichsbeamte im Sinne des § 1 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. III. 1873 sind. (v. Bitter Bd. 1 S. 949 erwähnt allerdings die Militärintendanturen noch als Provinzialbehörden.) — Ebenso scheiden die Eisenbahnkommissariate aus, welche 1895 bei der Umgestaltung der Eisenbahnverwaltungsbehörden aufgelöst worden sind. (vgl. Bekanntm. des Min. d. öff. Arbeiten im Reichs- und Staatsanzeiger v. 2. III. 1895 No. 56.)

8. die Direktion für die Verwaltung der direkten Steuern in Berlin (durch § 45,2 des Ges. v. 30. VII. 1883 G.-S. S. 195[1]).

Von Provinzialbehörden sind weiterhin zu erwähnen[2]):

9. der Oberpräsident,

10. das Polizeipräsidium zu Berlin,

11. die Ministerial-, Militär- und Baukommission für Berlin, (die für Militär- und Bau- sowie sonstige ihr zugewiesene Verwaltungsangelegenheiten an die Stelle der vormaligen Berliner Regierung getreten ist),

12. die Regierung, (und zwar ist nach der Allgem. Verfügung des Justizministers vom 2. April 1856 „betr. das Verfahren der Gerichte bei Kompetenzkonflikten[3])“ der Konflikt vom Plenum der Regierung zu erheben, widrigenfalls die Gerichte das Verfahren einzustellen nicht verpflichtet sind),

13. die Direktionen der Rentenbanken,

14. die Universitäten, (und zwar hat der Kurator den Konflikt zu erheben),

15. die Eichungsinspektionen[4]),

16. der Oberstaatsanwalt.

Dagegen würde ich von den Provinzialbehörden hier die Medizinalkollegien als nicht verwaltende, sondern lediglich wissenschaftliche und technisch beratende Behörden[5]) ausscheiden, ebenso die Predigerseminare (z. B. in Wittenberg), da sie unter Aufsicht des evangelischen Oberkirchenrates stehen. Schließlich fallen nach dem unter § 14, IV Gesagten auch die Konsistorien sowie die Erzbischöfe, Bischöfe und deren Generalvikariate und Ordinariate weg, hinsichtlich deren bereits der Kompetenzgerichtshof die Befugnis teils zweifelhaft gelassen, teils abgelehnt (bischöfliches Ordinariat) hatte[6]).

[1]) vgl. v. Rheinbaben Disziplinargesetze S. 169.

[2]) In der Reihenfolge des „Handbuches für den Kgl. Preußischen Hof und Staat.“

[3]) vgl. J.-M.-Bl. 1856 S. 86 f.

[4]) Mit Rücksicht auf die einschneidende Bedeutung des Konfliktes wird es freilich nicht zweckmäßig sein, wenn Behörden so eingeschränkter Zuständigkeit selbständig vom Recht der Erhebung Gebrauch machen.

[5]) vgl. Oppenhoff S. 479.

[6]) vgl. Stölzel Rechtsweg S. 365. Dort auch die einschlägigen Urteile.

Wenn das Konfliktsgesetz den Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörden die Erhebung des Konfliktes gestattet hat, so ist dies nicht bloß wegen der hohen Stellung dieser Behörden geschehen, sondern darum, weil ihnen schon die Wahrnehmung allgemeiner Staatsinteressen anvertraut ist, sie also nicht nur räumlich, sondern auch sachlich eine überragende Stellung einnehmen. Aus diesem Grunde sind die kommunalen Organe von der Erhebung des Konfliktes ausgeschlossen: also nicht einmal die Landeshauptleute (Landesdirektoren) gehören als Beamte des Provinzialverbandes zu den Konfliktsbehörden, ebensowenig die Generallandschaftsdirektoren und Hauptritterschaftsdiretoren [1]. Die Erhebung des Konfliktes stellt eben immerhin ein ziemlich gewichtiges Recht dar. Speziell ist hinsichtlich der Generallandschaftsdirektionen zu sagen, daß wenn sie auch durch ein Provinzialgesetz, nämlich das Landschaftsreglement vom 9. Juli 1770, als Provinzialbehörden eingesetzt sind und wenn sie auch zweifellos Regierungsrechte, wie Sequestrationen und dergl. ausüben, bei ihnen doch das korporative Element zu sehr überwiegt. Gegenstand ihrer Kompetenz sind zu spezielle Angelegenheiten der Einwohner einer Provinz, als daß sie zu den Provinzialverwaltungsbehörden, bei denen es sich um die Verwaltung allgemeiner Angelegenheiten handelt, gerechnet werden könnten. Daß auch im Allgemeinen die Gesetze trotz des oben angeführten Reglements von 1770 die Generallandschaftsdirektionen nicht zu den Provinzialbehörden rechnen, dafür spricht ein Passus in § 24 des Disziplinargesetzes „betr. die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten“ vom 21. Juli 1852. Der genannte § 24 zählt als entscheidende Disziplinarbehörden u. a. eine Reihe Provinzialbehörden auf, worauf es heißt: „Den Provinzialbehörden werden in dieser Beziehung gleich gestellt die Generallandschaftsdirektionen.“ Dies zeigt klar, daß nur ganz ausnahmsweise, nämlich hinsichtlich des Rechtes der Disziplinarentscheidung über ihre Beamten, die Generallandschaftsdirektionen als Provinzialbehörden angesehen werden sollen, im Übrigen aber nicht.

[1]) vgl. für Landesdirektoren: M. Bl. f. ges. Verw. 1880 S. 77 und Rechtsprechung d. O. V. G. Bd. 4 S. 1133, für Generallandschaftsdirektoren: Erk. K. G. G. i. J.-M.-Bl. 1858 S. 293–296 und v. Roenne Bd. 1 Abt. 1 S. 30.

III. Anlaß der Konfliktserhebung.

§ 16.

I. Der formale Anlaß für die Erhebung des Konfliktes ist das gegen den Beamten schwebende Verfahren: es muß „eine gerichtliche Verfolgung im Wege des Zivil- oder Strafprozesses eingeleitet worden“ sein. (§ 1 Ges. 13. II. 54.)

1. Daraus ergibt sich, daß es an sich gleichgültig ist, ob das Verfahren vor den ordentlichen oder vor den besonderen Gerichten schwebt. Die letzteren werden allerdings nach der gegenwärtigen Gesetzgebung nicht in Betracht kommen, da durch § 39 Ziffer 3 A.-G. z. G. V. G. vom 24. IV. 1878 (G.-S. S. 230.) die Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Ansprüche gegen öffentliche Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse für ausschließlich zuständig erklärt worden sind. — Weiterhin ergibt sich aus dem Erfordernis der Einleitung eines Straf- oder Zivilverfahrens, daß der Konflikt nicht erhoben werden kann, wenn z. B. noch das Verfahren vor dem Schiedsmann schwebt oder wenn die Sache vor eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht gebracht worden ist.

2. Schwebt das Verfahren gegen den Beamten vor einem außerpreußischen Gerichte, so ist eine Erhebung des Konfliktes zugunsten des Beamten unzulässig. Der nach § 11 E.-G. z. G. V. G. gestattete Eingriff ist strikte zu interpretieren: er soll einem Gegensatz zwischen Justiz und Verwaltung vorbeugen. Vorausgesetzt ist dabei aber immer ein Gegensatz dieser Organe innerhalb desselben Staates. Nur darum konnte auch in § 11 E.-G. z. G. V. G. ein Vorbehalt für das Landesrecht gemacht werden. Ein Gegensatz zwischen Justiz- und Verwaltungsorganen verschiedener Staaten ist natürlich möglich, er hat aber nicht die eigentümlichen Wirkungen, die bei einem Gegensatz innerhalb desselben Staates den ganzen Verwaltungsorganismus zu erschüttern geeignet sind. Schon aus diesem Grunde ist bei der Selbständigkeit der Verwaltung der einzelnen deutschen Gliedstaaten für einen Konflikt gar kein

Raum, wenn die gerichtliche Verfolgung vor einem nichtpreußischen Gerichte schwebt. Abgesehen davon könnte aber ferner der außerpreußische Richter durch preußische Gesetze in seinem prozessualen Verhalten auch garnicht gebunden werden.

3. Zweifelhaft kann es sein, ob auch Anlaß zur Konfliktserhebung genommen werden darf, wenn das gerichtliche Verfahren vor dem Reichsgericht schwebt. Gesetzlich geregelt ist der Fall nicht. Wertvollen Anhalt aber für die Stellungnahme des Reichsgerichtes selbst bieten die beiden Erkenntnisse des 4. Zivilsenats vom 4. Mai 1899 und der Beschluß des 5. Zivilsenates vom 10. Juni 1899 [1]). In diesen Fällen hatten das Reichsgericht sowohl wie die Verwaltungsbehörden sich für unzuständig erklärt. Als darauf der negative Kompetenzkonflikt erhoben worden war, hatte der K. G. H. den ordentlichen Rechtsweg für zulässig erklärt und darum gemäß § 21, Abs. 4 der Verordn. v. 1. VIII. 1879 unter Aufhebung der Erkenntnisse des Reichsgerichts die Sachen zur anderweiten Verhandlung an das Reichsgericht zurückverwiesen. Das Reichsgericht hatte sich aber diesen Entscheidungen nicht gefügt und die genannten Erkenntuisse bezw. den genannten Beschluß erlassen. Es ging dabei von seiner autoritativen Stellung als des höchsten deutschen ordentlichen Gerichtes aus: als solches versehe es nicht die Funktionen eines von den einzelnen Bundesstaaten als oberstes Instanzgericht bestellten Gerichtshofes, sondern es leite seine Gerichtsgewalt von der Justizhoheit des deutschen Reiches ab, welches in gewissen Beziehungen ein den Bundesstaaten übergeordnetes Staatswesen, im übrigen denselben gegenüber selbständig sei. Trotzdem in der Folgezeit die Stellungnahme des Reichsgerichts bekämpft wurde [2]), hat der Gesetzgeber sich auf den Standpunkt des Reichsgerichtes gestellt und durch Gesetz vom 22. Mai 1902 dem § 21 der Verordn. v. 1. VII. 1879 einen Zusatz hinzugefügt, wonach die Vorschriften des § 21 keine Anwendung finden, „wenn die Unzuständigkeit der Gerichte von dem Reichsgericht ausgesprochen ist."

---

[1]) Eingehend besprochen von Lucas Der preußische Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte und das Reichsgericht, in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrgang 1901 S. 53 ff.

[2]) vgl. Loening Kritik von Droop, der Rechtsweg in Preußen, in Bd. 8 S. 161 des Verwaltungsarchivs und Lucas a. a. O. S. 55 ff.

Würde also nun der Konflikt in einer vor dem Reichsgericht schwebenden Sache erhoben, was bisher meines Wissens niemals erfolgt ist, so würde nach dieser Stellungnahme das Reichsgericht sich an die Vorentscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht für gebunden erachten und es könnte darauf Bezug nehmen, daß seiner Auffassung in der erwähnten Weise vom Gesetzgeber Recht gegeben ist. Außerdem aber würde sich das Reichsgericht auf den unter 2. vertretenen Grundsatz zu berufen haben: das Konfliktsgesetz bezwecke nur die Verhütung eine Gegensatzes zwischen Justiz und Verwaltung innerhalb desselben Staates, außerdem seien preußische Prozeßvorschriften für das Reichsgericht nicht bindend.

II. Materieller Anlaß zur Konfliktserhebung ist die Überzeugung der vorgesetzten Behörde des Beamten, daß dieser sich einer Amtsüberschreitung nicht schuldig gemacht habe und das sich daraus ergebende Verlangen, den Beamten von einer gerichtlichen Verfolgung zu befreien. Also einzig und allein der freie Wille der Behörde, ihr persönliches Ermessen ist ausschlaggebend. Nach § 1 des Gesetzes v. 13. II. 54 stand der vorgesetzen Provinzial- oder Zentralbehörde des Beamten die Befugnis zu, den Konflikt zu erheben, falls sie glaubt, daß demselben eine zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Überschreitung seiner Amtsbefugnisse nicht zur Last fällt. Diese Bestimmung existiert jetzt nicht mehr, sie ist durch § 11 E.-G. z. G. V. G. aufgehoben worden. Und das mit Recht, denn durch die Worte „zur gerichtlichen Verfolgung geeignet“ war einer Willkür Raum gelassen. Zwar sollten ja die Worte, wie der Regierungskommissar in der Kommission der 2. Kammer vortrug[1]), für den Strafprozeß auf diejenigen Fälle deuten, die sich nur zum Disziplinarverfahren eignen, und für den Zivilprozeß auf diejenigen Fälle, in denen die Verfolgungen der Beamten nur vexatorischer Natur sind. Aber schon der K. G. G. erkannte die Gefahr, die in jenen Worten lag, und erklärte den Konflikt von vornherein für unzulässig, wenn die betr. Behörde nicht der Ansicht war, daß der Beamte wirklich innerhalb seiner Amtsbefugnisse ge-

[1]) vgl. Oppenhoff S. 402 Anm. 25.

handelt hatte. Durch die Allgem. Verfg. v. 3. XII. 1860, „betr. die Befugnis zur Erhebung des Konfliktes nach Maßgabe des Gesetzes v. 13. II. 54[1])“ (vgl. oben § 9, II) wurde diese Praxis des K. G. H. ausdrücklich anerkannt und bestimmt, daß es auf die Frage, ob der Fall zu einer gerichtlichen Verfolgung geeignet sei, bei der Erhebung des Konfliktes nicht mehr ankommen solle, vielmehr der Konflikt mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz ihn nur als Befugnis gestatte, nur dann zu erheben sei, wenn es ganz unzweifelhaft erscheine, daß eine Amtsüberschreitung nicht stattgefunden habe. Durch den Erlaß des § 11 E.-G. z. G. V. G. ist diese Allg. Verfügung überflüssig geworden, denn jetzt entspricht die reichsgesetzliche Regelung selbst jenen Anordnungen. Wenn jetzt vom Oberverwaltungsgericht festgestellt wird, „ob der Beamte sich einer Überschreitung der Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat,“ so kommt es darauf nicht mehr an, ob die Amtsüberschreitung sich zur gerichtlichen Verfolgung eignet.

Die Konfliktserhebung hat also seit der Neuregelung durch § 11 E.-G. z. G. V. G. die Herbeiführung einer Feststellung der Schuld des Beamten durch die Vorentscheidung einer unbeteiligten Behörde zur Folge: diese Vorentscheidung ist dem Oberverwaltungsgericht übertragen worden, damit eine Bürgschaft gegeben ist, daß sie nicht willkürlich gefällt und zur Versagung des Rechtsweges mißbraucht werde[2]). Das Verlangen nach der Herbeiführung einer Vorentscheidung entbehrt nicht des Grundes. Es gibt gewisse Beamtenklassen, deren Tätigkeit es mit sich bringt, daß sie besonders häufig — und dann oft unter erschwerenden Umständen — mit Privatpersonen zusammentreffen. Unter erschwerenden Umständen insofern, als ihr Amt einen Eingriff in die Interessen der Privatpersonen verlangt, der auf der Seite der letzteren eine Mißstimmung hervorruft, die sich nicht nur gegen die staatliche Einrichtung wendet, deren Glied der Beamte ist, sondern häufig genug gegen den einzelnen Beamten als solchen. Man denke z. B. an den Polizeibeamten, der eine Verhaftung vornimmt, an den Lehrer, der einen Schüler züchtigt: es ist hier dem Ermessen des Beamten überlassen, den richtigen Weg zu

---

[1]) vgl. Just.-Min.-Bl. S. 426.

[2]) vgl. **Laband** Deutsches Reichsstaatsrecht. Tübingen 1907. S. 307.

finden. Nicht selten wird auch von unteren Beamten erhebliches Taktgefühl verlangt: man denke an Polizeibeamte, die eine öffentliche Versammlung zu überwachen haben. Es würde unbillig erscheinen, wenn der Behörde, als deren Organ der Beamte tätig wird, nicht eine Handhabe gegeben würde, um nach außen hin ihr Einverständnis mit der Handlungsweise des Beamten zum Ausdruck zu bringen. Eine solche Handhabe liegt in der Erhebung des Konfliktes.

Der Staat geht ganz allgemein von dem Grundsatze aus, daß Ansprüche, die sich gegen seine Verwaltung richten, gleichmäßig behandelt werden sollen und daß darum die Entscheidung über solche Ansprüche in einer Hand vereinigt werden soll. Das zeigt sich in dem Erfordernis der Vorentscheidung „des Verwaltungschefs“ bezw. bei Reichsbeamten der Vorentscheidung „der obersten Reichsbehörde“ bei der gerichtlichen Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten (vgl. §§ 2 ff. des Ges. betr. Erweiterung des Rechtsweges v. 24. V. 1861 [1]) und §§ 150 ff. des Ges. betr. die Rechtsverh. der Reichsbeamten v. 31. III. 1873 [2])). Das zeigt sich ferner darin, daß nach § 5 des Ges. v. 20. Mai 1898 [3]) über den Antrag der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen auf Entschädigung die oberste Behörde der Landesjustizverwaltung zu entscheiden hat, bevor der Rechtsweg beschritten werden kann. Eine solche gleichmäßige Behandlung wird auch der Entscheidung über den Konflikt d. h. den Fällen zuteil, in denen zwar nicht der Staat selbst, wohl aber die Beamten, die Organe desselben, in Anspruch genommen werden. Es besteht nur der Unterschied, daß hier jene Vorentscheidung nicht notwendig erforderlich ist, sondern erst dann, wenn der Konflikt erhoben worden ist d. h. wenn die Behörde sich selbst eingehend geprüft hat und nun meint, daß die Vorentscheidung zweckmäßig ist.

III. Wie oft bisher die Behörden Anlaß genommen haben, den Konflikt zu erheben, läßt sich aus dem „Verzeichnis der Entscheidungen des Kompetenzgerichtshofes in der Nummernfolge der Prozeßliste“ feststellen, welches Stölzel seiner Abhandlung

[1]) G.-S. S. 241.
[2]) R. G. Bl. S. 61.
[3]) R. G. Bl. S. 345.

über die „Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte" als Register I A beigefügt hat[1]), sowie aus den Übersichten über die Tätigkeit des Oberverwaltungsgerichtes, welche alljährlich der Jebens und v. Meyeren'schen Sammlung der Entscheidungen dieses Gerichtshofes beigefügt werden. Danach ist der Konflikt in den ersten 25 Jahren d. h. bis zum 1. Oktober 1879, dem Tage des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze, 431 mal erhoben worden, 21 mal ist er zurückgenommen worden, so daß also der Kompetenzgerichtshof 410 mal über denselben entschieden hat. Bis zum 31. Dezember 1905 hat sich dann das Oberverwaltungsgericht in 526 Fällen mit dem Konflikt beschäftigt. Da der Jahresdurchschnitt der stattgehabten Konfliktserhebungen seit 1879 demnach $20^1/_4$ ist, so kann man also damit rechnen, daß bis Ende 1907 der Konflikt in ca. 1000 Fällen erhoben worden ist. Diese Zahl spricht schon dafür, daß eine eingehendere Beschäftigung mit dem Konflikt gerechtfertigt ist. — Leider läßt sich aus den statistischen Feststellungen nicht ersehen, wie oft der Konflikt zugunsten von unmittelbaren und wie oft er zugunsten von mittelbaren Beamten erhoben wurde, was gewiß nicht ohne Interesse gewesen wäre.

IV. Die Erhebung des Konfliktes.

§ 17. Form der Erhebung — Möglichkeit der Zurücknahme.

I. Hat eine Behörde beschlossen, den Konflikt zugunsten eines Beamten zu erheben, so hat sie gemäß § 4 des Gesetzes vom 8. April 1847 ihren mit Gründen versehenen Beschluß dem Gericht zu übersenden, bei welchem das Verfahren gegen den Beamten schwebt, und zu erklären, „daß der Konflikt erhoben werde." Zugleich hat sie den Antrag zu stellen, „das Rechtsverfahren bis zur Entscheidung über den Konflikt einzustellen." Ist dies geschehen, so ist nach § 5 des genannten Gesetzes der Konflikt erhoben. Weitere Anforderungen an die Form der Erhebung des Konfliktes werden nicht gestellt.

II. Die Frage, ob der in dieser Form einmal erhobene Konflikt wieder zurückgenommen werden kann, ist im Gesetz nur

[1]) vgl. S. 564—604.

für den Fall geregelt worden, daß der Verwaltungschef den von der Provinzialbehörde erhobenen Konflikt nicht für begründet erachtet. Dann hat er gemäß § 11 Ges. v. 8. IV. 47 den Gerichtshof mit der Erklärung zu benachrichtigen, daß der Antrag auf Einstellung des Rechtsverfahrens zurückgenommen werde. In diesem Falle sendet der Gerichtshof die Akten an den Justizminister zurück, der den Fortgang des Rechtsverfahrens veranlaßt. — Aber auch diejenige Behörde, die den Konflikt erhoben hat, kann ihn selbst wieder zurücknehmen; das muß für die Zentralbehörde schon aus § 11 des Ges. v. 8. IV. 1847 gefolgert werden. Aber auch für die Provinzialbehörde gilt dasselbe, denn ebenso wie die Behörde allein darüber Beschluß faßt, ob sie den Konflikt erheben will (vgl. § 16), so wird es auch ausschließlich von ihrem Willen abzuhängen haben, ob sie ihren Entschluß wieder rückgängig machen oder aufrecht erhalten will. Es fragt sich nur, bis zu welchem Zeitpunkt die Zurücknahme erfolgen kann: stets, solange die Entscheidung des zur Vorentscheidung berufenen Gerichtshofes noch nicht ergangen ist, mag die Sache bei ihm bereits anhängig sein oder noch nicht; denn bis zu dieser Entscheidung ist noch etwas Zurücknehmbares vorhanden, nämlich der oben genannte Antrag auf Einstellung des Verfahrens und Entscheidung über den Konflikt. Ist jedoch die Vorentscheidung gefällt worden, so ist der Antrag erledigt, er existiert nicht mehr, kann also nicht mehr zurückgenommen werden: dann hat das Oberverwaltungsgericht den Verfahrensvorschriften (§ 17 des Gesetzes v. 8. IV. 1847) gemäß das Erkenntnis dem Justizminister zuzustellen.

An ihre einmal abgegebene Erklärung, den Konflikt zurücknehmen zu wollen, dürfte die Behörde aber als gebunden zu erachten sein, so daß sie nicht etwa den Konflikt von neuem erheben kann. Denn sie präjudiziert sich selbst dadurch, daß sie den Beamten zur gerichtlichen Verfolgung freigibt, nachdem sie eingesehen hat, daß Grund zur Konfliktserhebung nicht vorliegt.

In der Zeit vom Inkrafttreten des Konfliktsgesetzes bis zum 1. X. 1879 ist der Konflikt[1]) in 21 von 431 Fällen (vgl. § 16

[1]) Nach dem „Verzeichnis der Entscheidungen in der Nummernfolge der Prozeßliste" in Stölzel's Rechtsprechung S. 564 ff

III dieser Abhandlung) zurückgenommen worden: in allen diesen Fällen muß also der Kompetenzgerichtshof die Befugnis zur Zurücknahme anerkannt haben und hat er eine Vorentscheidung nicht gefällt. Dadurch, daß das Oberverwaltungsgericht an Stelle des Kompetenzgerichtshofes getreten ist, dürfte sich schwerlich eine Änderung in dieser Beziehung ergeben haben, so daß also die Möglichkeit der Zurücknahme des Konfliktes noch weiter fortbesteht. Wie weit von derselben beim Oberverwaltungsgericht Gebrauch gemacht worden ist, darüber geben die amtlichen Übersichten über die Geschäftstätigkeit des Oberverwaltungsgerichts in der Jebens und v. Meyeren'schen Sammlung keinen Ausweis.

§ 18. Zeitpunkt der Erhebung des Konfliktes.

Wie schon[1]) oben angedeutet, finden sich in § 1 des Gesetzes vom 13. II. 54 und in § 2 des Gesetzes vom 8. IV. 47 gesetzliche Vorschriften über die zeitlich der Erhebung des Konfliktes gezogenen Grenzen.

I. Der Konflikt kann nach § 1 Ges. v. 13. II. 54 erhoben werden:

„wenn gegen einen Zivil- oder Militärbeamten . . . . eine gerichtliche Verfolgung im Wege des Zivil- oder Strafprozesses eingeleitet worden ist[2]).“

Damit ist der früheste Zeitpunkt zur Erhebung des Konfliktes gegeben.

1. Im Strafprozeß kann die Behörde den Konflikt erheben, sobald im Vorbereitungsverfahren gegen den Beschuldigten irgend welche Schritte unternommen worden sind. Damit ist eben das Verfahren „eingeleitet“, und es wäre unbillig, wenn der Eröffnungsbeschluß erst abgewartet werden müßte, bevor der Konflikt erhoben werden darf. Es geht auch aus der geschichtlichen Entwickelung und den Gesetzesmaterialien hervor, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des Zeitpunktes der Erhebung des unechten K. K. den denkbar weitesten Spielraum lassen und möglichst jedes Prozeßstadium als hierzu geeignet er-

[1]) §§ 12 und 15.

[2]) Anders in Hessen. vgl. Art. 77 des Ges. betr. die Ausführung des B. G. B. vom 17. VII. 99 (Hess. Reg. Bl. S. 133 ff.). (Näheres unten § 19 III).

klären wollte. So war z. B. auch bei Beratung des Konfliktsgesetzes ein Amendement in der 2. Kammer verworfen worden, nach welchem der unechte K. K. im Strafprozeß nur sollte erhoben werden können, bevor das Gericht die Einleitung der Hauptuntersuchung beschlossen habe [1][2]).

Bei der Privatklage ist unmittelbar, nachdem ein Exemplar der Klageschrift dem Beschuldigten zur Erklärung zugestellt worden ist, die Erhebung des Konfliktes statthaft, denn gerade bei der Privatklage besagt ja diese Zustellung an den Gegner, daß die gerichtliche Verfolgung gegen ihn aufgenommen werden soll, da kein Grund vorliegt, die Privatklage abzuweisen. Ferner ist es von großer Wichtigkeit, daß möglichst im Anfang des gerichtlichen Verfahrens der unechte K. K. erhoben werden kann: gerade bei den Privatklagen sind nämlich erfahrungsgemäß viel häufiger nichtige Momente zur Erhebung der Klage ausschlaggebend und gerade sie geben Gelegenheit zu vexatorischen Anschuldigungen und Verfolgungen. Es liegt darum im Interesse des Amtes, wenn dem Beamten im Falle seiner Unschuld eine öffentliche Hauptverhandlung erspart werden kann, wie dies eben durch Erhebung des unechten K. K. geschieht [3]).

2. Beim Zivilprozeß ist das Verfahren als eingeleitet anzusehen, sobald der Gegenpartei die Klageschrift zugestellt worden ist. (§ 253 C. P. O.) Wenn nämlich auch oben gesagt worden ist, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Erhebung des unechten K. K. den denkbar weitesten Spielraum habe lassen wollen, und dieselbe möglichst für jedes Stadium habe zulassen wollen, so bleibt doch immer der wirkliche Prozeßbeginn die unerläßliche Voraussetzung dieses Satzes. Denn erst, wenn der Prozeß begonnen hat, im Civilprozeß also die Klageschrift dem Gegner zugestellt ist bezw. (bei der öffentlichen Zustellung) als zugestellt gilt (§ 206 C. P. O.), kann von einem Stadium des Prozesses überhaupt gesprochen werden. Mit der bloßen Ter-

---

[1]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 16 S. 417 ff. — Dies ist die herrschende Meinung, insofern nämlich, als die genannte Entscheidung überall citiert worden ist, ohne daß eine abweichende Meinung geäußert worden wäre.

[2]) vgl. jedoch auch oben § 16, I, $_1$ (Schiedsmann).

[3]) Anders dagegen, wenn ein Eröffnungsbeschluß ergangen ist oder schon ein Termin stattgefunden hat (vgl. unten § 26, I, $_2$, b, β).

minsbestimmung dagegen, die zunächst jeder rechtlichen Wirkung für den Prozeß entbehrt, ist ein Prozeßstadium im Civilprozeß noch nicht geschaffen: sie trägt nur den Charakter eines vorbereitenden Aktes[1]).

Im Gegensatz zu alledem ist jedoch das gerichtliche Verfahren im Sinne des § 1 des Ges. v. 13. II. 54 nicht als eingeleitet anzusehen, der Konflikt kann also nicht erhoben werden in dem Falle, wenn ein Beamter von einer vor Gericht gezogenen Privatpartei in Anspruch genommen wird, indem dieselbe ihm den Streit verkündet. In der Verkündung des Streites liegt nämlich nach den Vorschriften der CPO. noch nicht die Erhebung eines Anspruches gegen einen Dritten: vielmehr soll diesem erst Gelegenheit gegeben werden, dem Streitverkündenden beizutreten[2]). Ist nun der Beamte dem Streitverkündenden in dem gegen diesen schwebenden Prozeß beigetreten, so kann von einer gerichtlichen Verfolgung gegen den Beamten keine Rede sein. Denn eine unfreiwillige Inanspruchnahme, vor der allein ja der Beamte durch den unechten K. K. geschützt werden soll, ist in dem freiwilligen Beitritt des Beamten nicht zu sehen. Dementsprechend hat schon die Prozeßordnung den Litisdenunziaten, der dem Prozeß beigetreten ist, nach denselben Grundsätzen behandelt, wie den Nebenintervenienten im Verhältnis zu den Hauptparteien. (§ 74 C.P.O.) Dieser soll aber nur die Hauptpartei unterstützen; er selbst ist nicht Subjekt des Prozesses und gegen ihn ist die gerichtliche Verfolgung nicht eingeleitet. Also kann auch nicht der Konflikt zu Gunsten eines Beamten zulässig sein, dem der Streit verkündet und der demselben beigetreten ist. Der Beamte ist aber auch in einem solchen Falle nicht etwa des durch den unechten K. K. ihm gewährten Schutzes bar: der Konflikt kann ja immer noch erhoben werden, wenn später die verurteilte Hauptpartei ihn mittels Regreßklage in Anspruch nimmt: erst dann ist die Bedingung einer unfreiwilligen Inanspruchnahme gegeben[3]).

3. Besondere Fälle. Eine gerichtliche Verfolgung im Sinne des § 1 Ges. v. 13. II. 1854 ist auch als eingeleitet an-

[1]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 25 S. 425 ff. und Bd. 32 S. 451 ff.
[2]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 1 S. 210.
[3]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 32 S. 433 ff.

zusehen, wenn gegen den Beamten Widerklage, sei es im Zivil- oder Strafprozeß, erhoben worden ist. Die Widerklage ist kein Verteidigungsmittel, sondern eine selbständige Klage, und wird überall als solche behandelt[1]. — Dasselbe gilt für den Fall, daß gegen den Beamten ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung ausgebracht wird. Wenn es sich hier auch nicht, wie man anzunehmen geneigt sein möchte, um eine vorweggenommene Zwangsvollstreckung handelt, so ist doch gegen den Beamten ein Prozeßverfahren eingeleitet, durch welches eine richterliche Entscheidung erstrebt wird und welches sich von dem gewöhnlichen Prozeß dadurch unterscheidet, daß die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist und daß Glaubhaftmachung statt des Beweises genügt[2].

In diesen Fällen kann also der Konflikt erhoben werden.

Dagegen fehlt es an den Voraussetzungen für die Erhebung des Konfliktes, wenn ein Beamter als Zeuge vernommen und dabei in Ordnungsstrafe genommen wird, denn dies ist keine „gerichtliche Verfolgung im Wege des Zivil- oder Strafprozesses.“ Dasselbe gilt, wenn in einem Prozesse des Beamten diesem gegenüber aufgerechnet wird[3], da in der Aufrechnung lediglich eine Bekämpfung des Klageanspruches liegt.

II. Den spätesten Zeitpunkt zur Erhebung des Konfliktes nennt § 2 des Ges. v. 8. IV. 47:

„In rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen kann der Kompetenzkonflikt nicht mehr erhoben werden; ebensowenig findet derselbe noch statt, wenn in einem Prozesse, bei welchem eine Verwaltungsbehörde als Partei beteiligt ist, die von derselben aufgestellte Präjudizialeinrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges rechtskräftig verworfen worden ist.“

Die Grundlage dieser Bestimmung ist einmal in den durch die Erhebung des unechten K. K. begründeten prozessualen Befugnissen zu suchen, sodann hat diese Bestimmung auch ihren geschichtlichen Hintergrund.

Was den ersten Punkt anlangt, so wird durch die Erhebung

[1] vgl. Bennecke-Beling S. 641 und Gaupp-Stein Bd. 1 S. 97 und 643.

[2] Gaupp-Stein Bd. 2 Vorbmerkungen zu § 916 C. P. O.

[3] vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 48 S. 440.

des unechten K. K. eine Einrede begründet[1]): soll aber eine solche begründet werden, so ergibt sich von selbst, daß der unechte K. K. im Instanzenzug erhoben werden muß, bevor das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, weil sonst eben eine Einrede nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Was den geschichtlichen Hintergrund der Bestimmung des § 2 a. a. O. anlangt, so ist der darin ausgesprochene Grundsatz allmählich durch die Rechtsprechung des französischen Staatsrats geschaffen worden: letzterer erklärte nämlich die Konfliktserhebung nach Ablauf der delais du pourvoi en cassation für ausgeschlossen[2]). Art. 4 der ordonnance réglementaire des conflits vom 1. Juni 1828 machte dann diesen Grundsatz zur gesetzlichen Bestimmung: dieselbe wurde allgemein anerkannt, wie denn überhaupt die ganze ordonnance — ein Werk des Ministeriums Martignac — großes Ansehen genoß[3]), da sie zum ersten Male in Frankreich in präziser Form festsetzte, in welchen Fällen und in welcher Weise der Konflikt erhoben werden könne, und so erst wirkliche Garantien schuf. Nach der Bestimmung des Art. 4 sollte kein Konflikt nach einem in letzter Instanz gesprochenen oder einem definitiven arrêt oder einem Urteil erhoben werden können, bei dessen Ausspruch sich die Parteien beruhigt hatten. Ausgenommen war der Fall, daß der Präfekt die Verweisung einer Sache, die vor das Gericht gebracht worden war, an die competente Administrativbehörde durch Vermittlung des Staatsprokurators forderte. In diesem Falle entschied das Gericht zunächst über die Forderung des Präfekten: wurde derselben nicht stattgegeben, so konnte letzterer binnen 14 Tagen den Konflikt erheben, wobei es gleichgültig war, ob das Gericht in dieser Zeit über die Hauptsache verhandelt und entschieden hatte. Außerdem konnte ein Konflikt noch in der Appellationsinstanz erhoben werden, wenn er nicht in voriger Instanz oder wenn er damals auf unregelmäßige Weise erhoben worden war. Diese Bestimmung war eine Folge des sich in Frankreich mehr und mehr fühlbar machenden Bedürfnisses nach Reformen in der Administrativjustiz. Es waren verschiedene Punkte, die Anlaß zur Unzufriedenheit gaben: einmal die Willkür, welche die

[1]) vgl. § 19 der Arbeit.
[2]) vgl. Dareste S. 213.
[3]) vgl. auch oben S. 10.

Präfekten bei Erhebung des Konflikts zur Schau trugen, sodann auch die mehr denn abhängige Stellung des Staatsrates bei Entscheidung des Konflikts. Die französische Regierung verschloß sich auch diesen allmählich immer heftiger werdenden Klagen gegenüber nicht: nachdem der König i. J. 1828 bei Gelegenheit der Thronrede „einige hohe Fragen über Administration“ angekündigt hatte, erschien die eben erwähnte Ordonnance am 1. Juni desselben Jahres und schrieb für Erhebung und Entscheidung des Konflikts neue Formen vor [1]).

In Preußen schloß man sich zunächst dem französischen Vorbild nicht an. Vielmehr bestimmte eine Kabinettsordre vom 30. Juni 1828 (G.-S. S. 86), die im Verein mit zwei dazu erlassenen Ministerialinstruktionen vom 1. Juli 1835 und 30. März 1836 dem Konfliktsverfahren eine dem heutigen Verfahren fast gleiche Gestaltung gab, daß der Konflikt in rechtskräftig bereits entschiedenen Sachen jederzeit erhoben werden könne. Der König selbst war es, der dieses Verfahren für unangemessen hielt: in einer Kabinetsordre vom 30. Juli 1842 an das Staatsministerium verlieh er diesen seinen Empfindungen Ausdruck und motivierte seine Ansicht damit, „daß es ihm bedenklich erscheine, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges zunächst der Übereinkunft der beteiligten Departementschefs zu überlassen, so wie er es auch andererseits nicht angemessen finde, daß bei einer Meinungsverschiedenheit hierüber die einzelnen Sachen zu seiner unmittelbaren Entscheidung gebracht werden müssen.“ Die unmittelbare Folge dieser Meinungsäußerung des Königs selbst war dann das Ges. v. 8. IV. 1847, welches nunmehr nach französischem Muster die Erhebung des Konfliktes in rechtskräftig entschiedenen Sachen nicht mehr gestattete.

Keine Anwendung findet die Vorschrift über das Verhältnis zwischen unechtem K. K. und rechtskräftig entschiedenen Urteilen auf die Zwischenurteile. Der Wortlaut des § 2 Ges. 8. IV. 1847: „In rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen kann der K. K. nicht mehr erhoben werden“ läßt darauf schließen, daß nur Endurteile, die über den ganzen Anspruch oder einen Teil desselben entscheiden, in Frage stehen. Da aber ein

---

[1]) v. Weiler, im badischen Archiv f. Rechtspflege Bd. I, S. 346.

Zwischenurteil weder über den erhobenen Klageanspruch selbst noch über einen Teil desselben entscheidet, so ist es der materiellen Rechtskraft gemäß § 322 CPO. nicht fähig, kann also der Erhebung des unechten K. K. nicht im Wege stehen.

III. Endlich bedarf es hier noch der Erwähnung, daß eine Konfliktserhebung, auch wenn sie innerhalb der zeitlich gezogenen Grenzen stattfindet, in dem Falle unzulässig ist, wenn sie gleichzeitig auf das Gesetz von 1847 und das von 1854 gestützt wird d. h. wenn zu gleicher Zeit der Konflikt und der Kompetenzkonflikt erhoben wird. Die Erhebung des Kompetenzkonfliktes ist also ein Hindernis für die gleichzeitige Erhebung des Konfliktes. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: seit den Bestimmungen des § 11 E.-G. z. G. V. G. ist für die Vorentscheidung beim Konflikt das Oberverwaltungsgericht zuständig geworden, während beim Kompetenzkonflikt der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte seine früheren Funktionen behalten hat. Nacheinander können Kompetenzkonflikt und Konflikt dagegen stets erhoben werden, und zwar, wenn der Kompetenzkonflikt zuerst erhoben worden ist, nur für den Fall, daß der Kompetenzgerichtshof den Rechtsweg für zulässig erklärt hat; sonst würden die Voraussetzungen des § 1 Ges. v. 13. II. 54: „Einleitung der gerichtlichen Verfolgung im Wege des Zivil- oder Strafprozesses“ fehlen[1]). Vor dem 1. Oktober 1879 war im Gegensatz zum jetzigen Rechtszustand eine gleichzeitige Erhebung des Konfliktes und des Kompetenzkonfliktes zulässig, weil in beiden Fällen der Kompetenzgerichtshof die Vorfrage entschied; wurde dann der Kompetenzkonflikt nicht für zulässig erklärt, so wurde geprüft, ob wenigstens der Konflikt zulässig sei[2]). Darum war es auch ohne Einfluß, wenn der Konflikt irrig als Kompetenzkonflikt und umgekehrt bezeichnet worden war (Beispiele siehe oben S. 12 f.): der Kompetenzgerichtshof entschied dann über denjenigen Konflikt, der nach der Begründung hätte erhoben werden sollen. Geht dagegen jetzt ein Konflikt, der irrtümlicherweise „Kompetenzkonflikt“ genannt worden ist, an den Kompetenzgerichtshof oder umgekehrt ein Kompetenzkonflikt an das Oberverwaltungsgericht

[1]) vgl. Oppenhoff S. 397 Note 9.

[2]) vgl. Entsch. d. K. G. H. v. 6. X. 55, 7. III 57 und 8. II. 62 i. J. M. Bl. von 1855 S. 407, 1857 S. 163 und 1862 S. 214 ff.

zur Vorentscheidung, so ist in beiden Fällen ein falsches Verfahren zur Anwendung gekommen, nämlich für den Konflikt das Verfahren nach der Verordnung vom 1. August 1879, welches jetzt nur für Kompetenzkonflikte gilt, und für den Kompetenzkonflikt das Verfahren nach dem Gesetze vom 8. April 1847, welches jetzt nur für den Konflikt gilt. In beiden Fällen müssen die Akten wieder zurückgehen und es muß das für jeden Fall vorgeschriebene Verfahren nachgeholt werden: erst dann kann die Vorentscheidung gefällt werden. In solchen Fällen, bei denen eine irrtümliche Bezeichnung stattgefunden hat, wird meist der Verwaltungschef von dem ihm nach § 11 des Ges. v. 8. IV. 1847 und § 11 Abs. 3 der Verordn. v. 1. VIII. 1879 zustehenden Rechte, den gestellten Antrag zurückzunehmen, Gebrauch machen. Daß diese Zurücknahme freilich bedeutsame Folgen hat, darüber vgl. oben § 17 (Seite 98).

§ 19. **Wesen und Wirkung der Erhebung des Konfliktes.**

I. Die Erhebung des Konfliktes ist ein Eingriff in ein schwebendes Prozeßverfahren. Der Eingriff geht von einer dritten Seite aus d. h. nicht von Seiten einer Partei: die Verwaltung ist es, der nach § 1 des Konfliktsgesetzes die Möglichkeit gegeben ist, das Verfahren vom Gericht abzurufen und eine Vorentscheidung herbeizuführen. Hier ist aber die Verwaltung auf einen anderen Weg verwiesen, als in einer Reihe von anderen Fällen, in denen das Gesetz die Vorentscheidung einer Verwaltungsinstanz verlangt, wie z. B. bei der Klage eines (Reichs- oder) Staatsbeamten auf Erfüllung vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Dienstverhältnis (außer wenn es sich um eine angebliche Verkürzung durch eine seitens der preußischen Oberrechnungskammer getroffene Festsetzung handelt)[1]), oder bei Feststellung der Entschädigung wegen Beschränkungen in der Umgebung von Festungen[2])[3]). Während nämlich in diesen Fällen die Vorent-

[1]) vgl. § 2 des Gesetzes betr. Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 (G.-S. S. 241) und § 150 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (R.-G.-Bl. S. 61).

[2]) vgl. § 41, 3 des Gesetzes betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen vom 31. Dezember 1871 (R.-G.-Bl. S. 459).

[3]) Weitere Beispiele sind bei O. Stölzel Rechtsweg und K. K. S. 18 ff. aufgezählt.

scheidung (der obersten Reichs- bezw. Staatsbehörde, des Bezirksausschusses usw.) kraft Gesetzes unerläßlich ist, bleibt es beim Konflikt der Verwaltungsbehörde überlassen, eine solche Vorentscheidung herbeizuführen. Es mag hier noch unerörtert bleiben, ob und inwiefern dieser Unterschied eine Bedeutung für die Tragweite der Vorentscheidung und für ihren Einfluß auf die Entscheidung des ordentlichen Gerichtes hat. An dieser Stelle handelt es sich nur darum, diesen Gegensatz zur Erfassung des Wesens der Konfliktserhebung heranzuziehen.

Hat die Verwaltungsbehörde sich entschlossen, die Vorentscheidung herbeizuführen, und demgemäß den Konflikt erhoben, so kann der Prozeß nur dann seinen Zweck erreichen d. h. in irgend einer Weise zum Urteil gelangen, wenn die Vorentscheidung gefällt worden ist. Die Vorentscheidung ist also dann in jedem Falle prozessual die Voraussetzung für die richterliche Entscheidung. Die Frage liegt nahe, ob die Vorentscheidung also eine „Prozeßvoraussetzung" ist.

In der Theorie sowohl des Zivil- als auch des Strafprozesses wird von „Prozeßvoraussetzungen" als von Tatsachen gesprochen, die „neben den Prozeßhandlungen stehen, also nicht Bestandteile des Prozesses selbst sind, die ferner Existenzbedingungen für den Prozeß als Ganzes sind," „von deren Vorliegen das fehlerfreie Zustandekommen eines Prozeßverhältnisses abhängt" und ohne die endlich ein Sachurteil, selbst ein abweisendes, nicht ergehen kann[1]. Als „Prozeßvoraussetzungen" sind z. B. anzusehen: die Zulässigkeit des Rechtsweges, die Zuständigkeit und ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts, Partei- und Prozeßfähigkeit, die Vertretungsbefugnis gesetzlicher und bevollmächtigter Vertreter, ferner besonders für den Civilprozeß die Vertretung der Parteien durch Anwälte im Anwaltsprozeß und für den Strafprozeß das Vorliegen der Anklage gegen den Beschuldigten und das Erfordernis, daß es sich überhaupt um eine Strafsache im Sinne des Gesetzes handelt. Wie bereits angedeutet, ist der Ausdruck „Prozeßvoraussetzung" ein rein theoretischer[2], der der

[1] vgl. Bennecke-Beling Strafprozeßrecht § 5 und Gaupp-Stein Zivilprozeßordnung S. 630.

[2] Er verdankt seine Entstehung der Anregung von O. Bülow in der „Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen." 1868.

Sprache der Gesetzgebung fremd ist und daher weder in der Civil- noch in der Strafprozeßordnung zu finden ist.

1. Nur in der Civilprozeßordnung findet sich ein Anhalt, insofern als sie von „prozeßhindernden Einreden" spricht und diese im § 274 aufzählt. Die Bezeichnung ist jedoch nicht ganz zutreffend, insofern als einzelne dieser sogenannten „Einreden," nämlich die der Unzuständigkeit des Gerichts, der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der mangelnden Partei- und Prozeßfähigkeit und der mangelnden gesetzlichen Vertretung, von Amtswegen zu berücksichtigen sind, also der Geltendmachung seitens der Parteien nicht bedürfen. Nur weil es dem Beklagten unbenommen bleibt, seine Verteidigung auch auf solche Mängel zu stützen, sind sie in § 274 als „prozeßhindernde Einreden" aufgezählt worden, obwohl die Einrede — wie Gaupp-Stein[1]) hervorhebt — nur die Anregung zu der dem Richter ohnedies obliegenden Prüfung bildet. Die genannten Mängel sind weiter nichts als Prozeßvoraussetzungen, die als „prozeßhindernde Einreden" bezeichnet sind. Der Kreis dieser Einreden ist durch die C. P. O. selbst abgegrenzt worden, indem sie sagt: „Als solche Einreden sind nur anzusehen: . . ." [2]); ferner sind dieselben durch die Bestimmung des § 274, 3 in verzichtbare und unverzichtbare geteilt: erstere sind die wirklichen Einreden, letztere die Prozeßvoraussetzungen. Zu welcher Gattung gehört die Erhebung des Konfliktes?

a. Daß die Konfliktserhebung keine prozeßhindernde Einrede im engeren Sinne als verzichtbare, als wirkliche Einrede begründet, ist darauf zurückzuführen, daß durch sie der Prozeß keinesfalls gehindert wird[3]). Derselbe bleibt anhängig und ein Bedenken gegen seine Zulässigkeit, wie z. B. bei der Einrede der anderweiten Anhängigkeit derselben Sache oder des Schiedsvertrages, wird durch die Erhebung des Konfliktes nicht geltend gemacht.

---

[1]) S. 631.

[2]) Die Ansicht, daß es trotzdem noch andere prozeßhindernde Einreden gäbe, hat Petersen (Zeitschr. f. dtsch. Civilprozeß Bd. 2) S. 166 ff. widerlegt.

[3]) Irrig Struckmann-Koch Note 4 Abs. 2 zu § 11 E.-G. z. G. V. G., wo die Ansicht vertreten wird, daß auf das Fehlen einer Vorentscheidung eine prozeßhindernde Einrede gegründet werden könne.

b. Es kommt also noch in Frage, ob die Konfliktserhebung eine unverzichtbare Einrede begründet, d. h. ob es sich um eine reine Prozeßvoraussetzung handelt. Man könnte nur an die Unzulässigkeit des Rechtsweges denken. Aber auch hier läßt sie sich nicht unterbringen, denn nach § 11 E.-G. z. G. V. G. hat die Vorentscheidung garnicht die Zulässigkeit des Rechtsweges zum Gegenstande, und man muß doch annehmen, daß die Terminologie innerhalb der Reichsjustizgesetzgebung eine einheitliche ist; ferner aber kann der Konflikt niemals von Amtswegen berücksichtigt werden, was bei der Prozeßvoraussetzung, welche in jeder Lage des Prozesses seitens des Gerichts von Amtswegen berücksichtigt werden muß[1]), gerade das Wesentliche ist.

Schließlich ist für die Konfliktserhebung wesentlich, daß der Eingriff in den Prozeß von einer außerhalb der Parteien stehenden Stelle ausgeht, daß er also unabhängig vom Willen der Parteien ist. Ereignisse, welche sonst noch außerhalb des Verhaltens der Parteien liegen und Einfluß auf den Prozeß ausüben können, sind z. B. der Gerichtsstillstand gemäß § 245 C. P. O. und die laudatio auctoris gemäß § 76 C. P. O.[2]). Aber auch ihnen ist die Konfliktserhebung nicht gleichzustellen.

Man muß sich also mit einem negativen Resultat begnügen, indem man jedenfalls feststellen kann, daß die Erhebung des Konfliktes nicht zu den Vorgängen und Tatsachen gerechnet werden kann, die sonst nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung auf das prozeßrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien von Einfluß sind. Nachdem Bülow[3]) für den Ausdruck „prozeßdilatorische Einrede," der im gemeinen Recht Alles umfaßte, auf Grund dessen der Beklagte den Beginn des eigentlichen Prozeßes aufschieben und sich vom Eingehen auf die Hauptsache befreien konnte, die Bezeichnung „Prozeßeinrede" vorgeschlagen und damit Anerkennung gefunden hat, möchte ich die aus der Erhebung des unechten Kompetenzkonfliktes hergeleitete Einrede als eine Prozeßeinrede eigener Art bezeichnen. Daß es noch Prozeßeinreden neben

[1]) vgl. Fitting S. 209 und Planck Bd. 2 S. 61f.

[2]) Daß diese den prozeßhindernden Einreden nicht gleicht, darüber siehe Schwalbach Die Prozeßvoraussetzungen im Reichscivilprozeß (Archiv für civilistische Praxis Bd. 63) S. 419ff.

[3]) S. 13ff.

den im § 274 C. P. O. aufgezählten, den Prozeß hindernden Einreden gibt, geht aus der Bestimmung des § 11 E.-G. z. G. V. G. hervor. Denn § 11 ist nicht bloß materiell dahin aufzufassen, daß er eine Prüfung der Schuld oder Nichtschuld des Beamten beabsichtigt. Vielmehr gibt § 11, der nur die Form der Vorentscheidung modifiziert, im übrigen aber die landesgesetzlichen Vorschriften völlig unberührt läßt, der Landesgesetzgebung auch die Möglichkeit, eine Form zu bestimmen, um den nach reichsrechtlichen Vorschriften sich abwickelnden Prozeß lahm zu legen.

2. Die Strafprozeßordnung kennt solche Ausdrücke, wie „prozeßhindernde Einreden," die in der Civilprozeßordnung für unseren Fall einen Anhalt bieten könnten, nicht. Anerkannt ist jedoch, daß auch im Strafprozeß gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Prozeßverhältnis fehlerfrei zustande kommt, und daß sich neben den in allen Fällen erforderten Voraussetzungen allgemeiner Art solche besonderer Art finden, die für einzelne Fälle bedeutsam werden[1]). Zu den letzteren gehört, als von einer alia pars geltend gemacht, die Erhebung des Konfliktes in dem unter 1 entwickelten Sinne[2]).

II. Nach § 5 des Gesetzes vom 8. April 1847 hat die Erhebung des Konfliktes zur Wirkung, „daß das Gericht das Rechtsverfahren durch einen Bescheid, gegen welchen kein Rechtsmittel zulässig ist, einstweilen einstellt und diesen Bescheid, nebst einer Abschrift des Beschlusses der Verwaltungsbehörde, den bei der Sache beteiligten Privatparteien zustellt." Nach seiner Terminologie paßt das Gesetz natürlich nicht auf unsere Reichsjustizgesetzgebung: es wird sich auch hier empfehlen, die beiden Arten des Prozesses getrennt zu untersuchen.

1. Da es sich, wie oben festgestellt, im Civilprozeß nicht um eine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 C. P. O. handelt, die aus der Erhebung des Konfliktes hergeleitet werden

---

[1]) vgl. Bennecke-Beling S. 13; Birkmeyer Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898 S. 565; Ullmann Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893 S. 263.

[2]) So ist die Bemerkung von Arndt Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1901 S. 648 wohl nur zu verstehen, daß eine Vorentscheidung „als Prozeßvoraussetzung" einzutreten hat.

könnte, so ist auch das für die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden in den §§ 274 und 275 C. P. O. festgelegte gerichtliche Verfahren nicht anwendbar. Schon das Wort „einstweilen einstellen“ weist darauf hin, daß das Gericht zunächst, und zwar sofort nach der Erhebung des Konfliktes, mit der Sache nichts mehr zu tun haben soll. Das gerichtliche Verfahren bleibt stehen. Einen Stillstand des Verfahrens behandelt die Civilprozeßordnung in dem Titel „Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens“ (§§ 239—252): die Unterbrechung tritt ex lege ein, die Aussetzung auf Gerichtsbeschluß. Die Einstellung des Verfahrens bei Erhebung des Konflikts wird aber weder unter den einen noch unter den anderen gesetzlichen Fällen aufgezählt, sie ist vielmehr ein außerhalb stehender Fall, der durch den Vorbehalt des § 11 E.-G. z. G. V. G. gerechtfertigt ist. Die Einstellung des Verfahrens steht noch am nächsten der Aussetzung des Verfahrens (§§ 246-248 C. P. O.), da in beiden Fällen ein Gerichtsbeschluß erfolgt. Aber die Konfliktserhebung kann nicht den in §§ 246 und 247 genannten Voraussetzungen der Aussetzung des Verfahrens untergeordnet werden[1]. Nur insofern entspricht das Verfahren beim Konflikt den Regeln der C. P. O., als der Bescheid, durch den das Gericht das Verfahren einstellt, als nicht verkündete Verfügung den Parteien von Amtswegen zugestellt wird (§ 5 Ges. v. 8. IV. 1847), wie dies auch § 329 Abs. 3 C. P. O. für nicht verkündete Beschlüsse und Verfügungen bestimmt[2].

2. Der Terminologie der Strafprozeßordnung ist eine „Einstellung des Verfahrens,“ um die es sich beim Konflikt handelt, bekannt, nur daß sie von einer vorläufigen Einstellung des Verfahrens spricht (§ 203 und § 208 Str. Pr. O.), während das Gesetz vom 8. IV. 1847 als Wirkung der Konfliktserhebung die

[1]) Ebensowenig läßt die Konfliktserhebung aber Raum für die Anwendung des § 148 C. P. O., wie bei Foerster (Die Civilprozeßordng. 1886 Bd. 1 S. 237) zutreffend bemerkt wird. Die nach § 148 von einer Verwaltungsbehörde zu treffende Feststellung eines Rechtsverhältnisses ist nämlich Bedingung für den Rechtsweg, während die Konfliktserhebung dies nicht ist.

[2]) Daß der Bescheid des Gerichtes die Form einer Verfügung, nicht die eines förmlichen Beschlusses haben soll, ist durch die oben (§ 15 III) bereits erwähnte Allg. Verfg. v. 2. IV. 1856 (J.-M.-Bl. S. 86f.) ausdrücklich hervorgehoben worden.

einstweilige Einstellung des Verfahrens bezeichnet. Dieser rein äußerliche Unterschied in der Bezeichnung ist allerdings unerheblich. Aber trotzdem gehört die einstweilige Einstellung beim Konfliktsverfahren nicht zu den in der Strafprozeßordnung genannten Fällen der vorläufigen Einstellung. Die Vorschrift des § 208 Str. Pr. O., die dem Verfahren bei der Konfliktserhebung insofern am nächsten steht, als auch sie den Antrag einer Behörde erfordert, bezweckt nämlich nur die teilweise Einstellung des Verfahrens hinsichtlich eines unwesentlichen Punktes, der einstweilen beiseite gestellt werden soll, während beim Konflikt das ganze gerichtliche Verfahren eingestellt wird. Man kommt auch hier zu dem gleichen Resultat, wie im Civilprozeß: die Konfliktserhebung gehört nicht zu den in der Strafprozeßordnung für die vorläufige Einstellung des Verfahrens vorgesehenen Fällen.

III. Materiell bewirkt die Erhebung des Konfliktes die Vorentscheidung über die Frage, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat oder nicht. In § 210 BGB. ist von einer Vorentscheidung die Rede: wenn nämlich die Zulässigkeit des Rechtsweges von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt, so soll die Verjährung durch Einreichung des Gesuchs an die Behörde in gleicher Weise unterbrochen werden wie durch Klageerhebung, wenn binnen 3 Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird. Planck[1]) und Crome[2]) meinen übereinstimmend, daß diese Vorschrift den Bestimmungen des § 11 E.-G. z. G. V. G. und — wie Planck sagt — „ähnlichen Bestimmungen (z. B. Reichsbeamtenges. § 150)" Rechnung trage. Dabei werden aber von Planck die Unterschiede zwischen § 11 und Reichsbeamtengesetz § 150 nicht genügend hervorgehoben (vgl. oben § 19 I), was auch in der sachlichen Stellungnahme von Bedeutung wird. Denn wenn hier auf § 11 E.-G. z. G. V. G. Bezug genommen wird, so kann das schon richtig sein, aber nicht für Preußen, da dort die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht von der Vorentscheidung abhängig ist[3]), vielmehr umgekehrt das gerichtliche Verfahren die Bedingung für die

[1]) „Kommentar zum B. G. B." 3. Aufl. Berlin 1903 Bd. 1 S. 355.

[2]) „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts." Tübingen und Leipzig 1900 Bd. 1 S. 517 Anm. 28.

[3]) Wie Meyer-Anschütz (§ 183) irrtümlich annimmt.

Herbeiführung einer Vorentscheidung bildet (vgl. oben § 16)[1]). Die Bezugnahme ist nur für Hessen richtig, denn dort ist die gerichtliche Verfolgung des Beamten nach Art. 77 des Ges. „die Ausf. d. B. G. B. betr.“ v. 17. VII. 1899 nur möglich, nachdem vom Verwaltungsgerichtshof durch Vorentscheidung die Schuld des Beamten festgestellt worden ist oder das dem Beamten vorgesetzte Ministerium erklärt hat, daß die Vorentscheidung nicht verlangt werde. Hier hängt also wirklich die Zulässigkeit des Rechtsweges von der Vorentscheidung einer Behörde ab. Gewiß irrig ist im Gegensatz zu Plancks und Crome's Bemerkungen, bei denen man wohl nur von einer ungenauen Ausdrucksweise sprechen kann, die von Schücking[2]) dem Text des preußischen Konfliktsgesetzes beigefügte Note: „Über die Unterbrechung der Verjährung siehe B. G. B. § 210“, denn er kann nur Preußen meinen: für dieses aber kann wie gesagt die Bestimmung des § 210 niemals eine Wirkung ausüben. Das für Hessen Gesagte gilt übrigens analog für Bayern (unten § 31 II).

V. Die Behandlung des Konfliktes.

Die gesetzlichen Vorschriften über die Art und Weise, in der mit dem Konflikt zu verfahren ist, finden sich im Konfliktsgesetz vom 13. Februar 1854, im Gesetz vom 8. April 1847 [3]) [4]) und in den §§ 114 und 113 Abs. 5 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883. Eine Erläuterung

[1]) Sodaß also, wenn der Konflikt nicht erhoben ist, nicht etwa auf Grund des § 11 E.-G. z. G. V. G. oder des Ges. v. 13. II. 54 eine Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend gemacht werden kann. Vielmehr bleibt der Rechtsweg offen, wenn der Konflikt nicht erhoben ist. (vgl. auch Urt. d. Reichsger. v. 12. I. 84 in Gruchot's Beiträgen Jahrg. 28 S. 979 und in der Jurist. Wochenschrift 1884 S. 86).

[2]) „Quellensammlung zum Preußischen Staatsrecht“ Leipzig 1906 S. 167 Note 2.

[3]) G.-S. S. 170. — Abdruck auch bei Oppenhoff Ressortverhältnisse S. 398 und bei Schücking Quellensammlung S. 128.

[4]) Unrichtig nennt v. Arnstedt Bd. I S. 336 an Stelle dieses Gesetzes die Verordnung vom 1. VIII. 1879: dies beruht auf einer Verwechselung mit dem Kompetenzkonflikt, die schon im Urteil des O. V. G. v. 29. X. 1884 (Preuß. Verw. Bl. VI S. 79) gerügt wird.

haben diese Vorschriften in den beiden Allgemeinen Verfügungen des Justizministers[1]) vom 2. April 1856 und vom 2. Januar 1871[2]) gefunden. Schließlich findet sich noch eine Darstellung des Verfahrens der Gerichte im nichtamtlichen Teile des Justizministerialblattes von 1888[3]): wegen des Ortes der Veröffentlichung wird man dieser Darstellung einen halbamtlichen Charakter zuschreiben müssen.

Aber alle diese Vorschriften geben nur ein Bild von den Vorgängen nach der Erhebung des Konfliktes bezw. von dem Moment der Erhebung an. Vor diesem Zeitpunkt wird sich das Verfahren etwa folgendermaßen gestalten:

Sobald der Prozeß anhängig ist, wird es zunächst darauf ankommen, die zur Erhebung des Konfliktes befugte Provinzial- oder Centralbehörde zu benachrichtigen und sie zu veranlassen, in Tätigkeit zu treten. Für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft mit der Sache befaßt ist, trifft der Justizministerialerlaß vom 12. V. 1854 (unveröffentlicht, Justizministerium: I. 1155) Vorkehrung. Danach hat der Staatsanwalt, wenn er der Ansicht ist, daß gegen einen Beamten die öffentliche Klage zu erheben sei, die bisherigen Verhandlungen dem Oberstaatsanwalt mit Bericht vorzulegen[4]), falls nicht etwa ein Antrag der dem Beamten vorgesetzten Dienstbehörde auf Strafverfolgung vorliegt (denn dadurch würde ja auf Erhebung des Konfliktes verzichtet). Vertritt auch der Oberstaatsanwalt die Ansicht, daß die Anklage zu erheben sei, so muß er die Äußerung der dem Beamten vorgesetzten Provinzial- bezw. Zentralbehörde einholen. Diese kann Widerspruch gegen die gerichtliche Verfolgung erheben; der Widerspruch ist vom Oberstaatsanwalt sorgfältig zu prüfen. Wird

---

[1]) Diese sind zunächst nur für den Kompetenzkonflikt erlassen worden, sind aber, soweit angängig, analog auf den Konflikt anzuwenden.

[2]) Vergl. J. M. Bl. 1856 S. 86 und 1871, S. 2.

[3]) Seite 6 No. III.

[4]) Empfehlen wird es sich, daß, wenn die Voruntersuchung beantragt werden soll, in dem Bericht die Gründe, aus denen die Überschreitung der Amtsbefugnisse gefolgert wird, näher dargelegt werden. Soll dagegen die Anklage ohne gerichtliche Voruntersuchung erhoben werden, so dürfte zweckmäßiger Weise die Darlegung der Gründe unterbleiben und statt dessen einfach ein Entwurf der Anklageschrift dem Bericht beigelegt werden.

dem Verfahren jedoch trotzdem Fortgang gegeben, so muß der Staatsanwalt sofort nach eingeleiteter Untersuchung bezw. Voruntersuchung der widersprechenden Behörde Mitteilung von der Sachlage machen. — Das Vorgesagte kann natürlich nicht für Privatklagen und Zivilprozesse gegen Beamte gelten: hier wäre ein Bericht des Staatsanwaltes nicht möglich. Hier wird darum der Beamte selbst zwecks Erhebung des Konfliktes Schritte ergreifen müssen, und zwar wird er zunächst seinen unmittelbaren Vorgesetzten benachrichtigen, daß er beschuldigt bezw. verklagt sei, und die Erhebung des unechten K. K. beantragen, z. B. der Amtsdiener beim Amtsvorsteher. Der Amtsvorsteher teilt dies dem Landrat mit, welcher dann das betr. Gericht, bei dem die Sache schwebt, um Übersendung der Prozeßakten direkt an den Regierungspräsidenten ersucht, damit dieser nach Einsichtnahme der Akten sich schlüssig mache, ob er den unechten K. K. erheben will oder nicht. Dies ist jedenfalls praktischer, als wenn er nur Anzeige erstattet, wie § 3 Satz 2 Ges. v. 8. IV. 47 vorschreibt. Der Regierungspräsident kann, da durch die verschiedenen Benachrichtigungen und Ersuchen schon meist viel Zeit vergangen ist, das Gericht ersuchen, den etwa angesetzten Termin wieder aufzuheben, damit er Zeit zur Überlegung und zur Anstellung etwa erforderlicher Nachforschungen hat: er kann dann der Anregung des Beamten entprechen oder nicht.

§ 20. l) Behandlung vor den Gerichten und Konfliktsbehörden.

I. Vor Fällung der Vorentscheidung.

Hat sich die Verwaltungsbehörde (ich nenne dieselbe häufig „Konfliktsbehörde") entschlossen, den Konflikt zu erheben, so hat sie ihren Willen in einem motivierten Beschluß niederzulegen und diesen dem Gericht mit der Erklärung, „daß der Konflikt erhoben werde" und mit dem Antrage, „das Rechtsverfahren bis zur Entscheidung über den Konflikt einzustellen," zu übersenden (§ 4 Ges. v. 8. IV. 47)[1]. Sind diese Vorschriften

[1]) Beim ordentlichen Gericht also wird der Konflikt erhoben, nicht, wie v. Arnstedt, Bd. I S. 336 es irrig ausdrückt, beim Oberverwaltungsgericht.

genau beobachtet (Allg. Verf. v. 2. IV. 56 Ziff. 1)[1]), so hat das Gericht das Rechtsverfahren und, wenn bereits ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil ergangen ist und aus diesem die Zwangsvollstreckung betrieben wird, auch die Zwangsvollstreckung (§ 19 Ges. v. 8. IV. 47) von Amtswegen durch einen Bescheid, gegen den „kein Rechtsmittel zulässig" ist, einstweilen einzustellen (§ 5 Ges. v. 8. IV. 47). Wenn es in Ziff. 2 der Allg. Verf. v. 2. IV. 56 heißt, daß die Einstellung am zweckmäßigsten in der Form einer einfachen Verfügung, nicht notwendiger Weise in der eines förmlichen Beschlusses geschehe, so ist eine solche Scheidung für den jetzigen Prozeß bedeutungslos, da Verfügung und Beschluß gleiche Wirkung haben. Obgleich § 5 des Gesetzes vom 8. IV. 1847 nur vom „Gericht" spricht, welches das Verfahren einstellen kann, so muß man trotzdem annehmen, daß z. B. auch die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen kann, wenn z. Z. der Erhebung des Konfliktes das Verfahren noch bei ihr schwebt. Denn das Gesetz von 1847 galt in seiner Fassung zunächst nur für die Kompetenzkonflikte, bei denen die Staatsanwaltschaft garnicht in Betracht kommen kann. Es wurde dann später auch auf den Konflikt für anwendbar erklärt, trotzdem K. K. und Konflikt nichts miteinander gemein haben (oben S. 11). Man muß das Gesetz darum sinngemäß interpretieren. Die hier vorgenommene Interpretation erscheint außerdem auch darum zutreffend, weil (vgl. oben S. 99 f.) der Konflikt eben schon dann erhoben werden kann, wenn das Gericht mit der Sache noch garnicht befaßt ist. Sollte die Staatsanwaltschaft sich ihre Sache entwinden lassen und dieselbe zur Fassung des Beschlusses über die einstweilige Einstellung an das Gericht abgeben müssen? — Auch nach der Einstellung des Verfahrens kann die Staatsanwaltschaft jeder Zeit Handlungen veranlassen, hinsichtlich deren Gefahr im Verzug ist, wie Beschlagnahmen und Durchsuchungen. (Für Mecklenburg ist dies ausdrücklich angeordnet; vgl. unten § 35, V). Ferner dauert eine angeordnete Untersuchungshaft[2]) fort.

---

[1]) Hierher gehört auch die Vorschrift, daß bei Kollegialbehörden das Plenum den Konflikt erheben muß (vgl. oben § 15).

[2]) Vgl. v. Marck-Kloss Die Staatsanwaltschaft bei Land- und Amtsgerichten. 2. Aufl. 1903. S. 99.

Der Bescheid wird nun, zugleich mit einer Abschrift des Beschlusses der Verwaltungsbehörde, im Zivilprozeß beiden Prozeßbeteiligten, dem Kläger sowohl wie dem Beklagten (Allg. Verf. v. 2. IV. 56 Ziff. 3), und dementsprechend[1]) beim Strafverfahren der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten[2]), beim Privatklageverfahren dem Privatkläger und dem Privatbeklagten zugefertigt, wobei ihnen zu eröffnen ist, daß sie sich binnen einer Präklusivfrist von 4 Wochen schriftlich über den Konflikt erklären können. Sind die Prozeßbeteiligten gewillt, eine solche Erklärung abzugeben, so muß die Schrift, in der diese enthalten ist, — außer natürlich bei einem Strafverfahren, wenn der Staatsanwalt Erklärungen abgibt — von einem Rechtsanwalt unterzeichnet und nebst einer Abschrift dem Gericht eingereicht werden (vgl. hierzu außer § 5 des Ges. v. 8. IV. 47 auch Allg. Verf. v. 2. IV. 56 Ziff. 4). Ist dieser Vorschrift nicht genügt worden, so gelangt die Erklärung an die Prozeßpartei zurück, damit sie, soweit es mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Frist von 4 Wochen noch möglich ist, dem Mangel abhelfe.

Sind Erklärungen der Prozeßbeteiligten innerhalb der Frist eingegangen, so hat das Gericht der Konfliktsbehörde die Duplikate der Erklärungen gegen Empfangsbescheinigung, aus der der Tag des Empfanges oder der Zustellung hervorgehen muß und die zu den Akten zu bringen ist, zuzustellen. Ist dagegen keine Erklärung der Parteien eingelaufen oder hat sich nur eine Partei erklärt, so muß hiervon der Konfliktsbehörde, ebenfalls wieder gegen Empfangsbescheinigung, Nachricht erteilt werden. Das Konzept des Benachrichtigungsschreibens und die Empfangsbescheinigung sind zu den Akten zu bringen (§§ 5 und 6 Ges. v. 8. IV. 47 und Ziff. 4 und 5 der Allg. Verf. v. 2. IV. 56).

---

[1]) Wenn in § 5 des Ges. v. 8. IV. 47 „die bei der Sache beteiligten Privatparteien" genannt sind, so erklärt sich dies aus dem Umstande, daß das Gesetz v. 1847 zunächst für Kompetenzkonflikte erlassen war und diese nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Frage kommen können (vgl. Stölzel Rechtsweg § 60). Abgesehen davon ist erst durch die Verordnung vom 3. I. 1849 die Staatsanwaltschaft allgemein eingeführt worden.

[2]) Wenn die Sache bei der Staatsanwaltschaft anhängig, dem Anzeigenden und Beschuldigten.

Nunmehr hat das Gericht[1]) die vollständigen Akten[2]) dem vorgesetzten Oberlandesgericht[3]) unter Erstattung eines gutachtlichen Berichtes zu übersenden. Über den Inhalt dieses „Gutachtens“ trifft das Gesetz keine nähere Bestimmung: es wird jedoch Folgendes enthalten müssen:

1. Eine Nachweisung über die Beobachtung der oben erwähnten Förmlichkeiten;

2. Eine Erörterung der Frage, ob der Konflikt für zulässig zu erachten sei, hauptsächlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2 Ges. v. 8. IV. 47, wonach der Konflikt in rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen nicht mehr erhoben werden kann;

3. Ein Gutachten über die Frage, ob der Konflikt begründet erscheint[4]).

Das Oberlandesgericht muß, wenn es sich um einen Strafprozeß handelt, zunächst dem Oberstaatsanwalt Gelegenheit zur Äußerung geben und dann, sowohl im Zivil- wie im Strafprozeß, nochmals sorgfältig prüfen, ob alle Formvorschriften befolgt worden sind, gegebenen Falles auch die Beseitigung von etwaigen Verstößen oder Mängeln veranlassen. Ist Alles in Ordnung, so fügt auch das Oberlandesgericht noch ein Gutachten bei und sendet die Akten mit einem Einsendungsbericht[5]) an den

---

[1]) Es wird als Regelfall unterstellt, daß der Konflikt schon während des Gerichtsverfahrens in 1. Instanz erhoben wird d. h. für Zivilsachen beim Landgericht (§ 39 Ziff. 3 preuß. A.-G. z. GVG.); für Strafsachen könnte es auch das Amts-(Schöffen-)Gericht sein.

[2]) Die gehörig foliiert sein müssen (Allg. Verf. v. 2. IV. 56 Ziff. 6).

[3]) Das Gesetz von 1847 spricht von den vorgesetzten „Landesjustizkollegien“. Daß darunter jetzt das Oberlandesgericht zu verstehen ist, ergibt sich aus der Entwickelung der Gerichtsbehörden: vgl. für den Ausdruck zunächst H. Jastrow, Die allgemeine Gerichtsordnung 1891 S. 3ff.; ferner § 5 der Kgl. Verordnung v. 30. IV. 1815 (G.-S. S. 85), §§ 18, 24, 25 der Kgl. Verordnung v. 2. I. 1849 (G.-S. S. 1) und §§ 12 Ziff. 2 und 49 Ziff. 1 des A.-G. z. GVG. v. 24. IV. 1878 (G.-S. S. 230). — Der bloße Hinweis auf § 12 GVG. (wie er sich bei Schücking S. 128 Anm. 2 findet) genügt nicht.

[4]) Vgl. ebenso für den Kompetenzkonflikt Stölzel Rechtsweg S. 369.

[5]) In dem Einsendungsbericht sind der Übersichtlichkeit wegen die

Justizminister[1]) (§ 7 Ges. v. 8. IV. 47 und Ziff. 6 Allg. Verf. v. 2. IV. 56).

Der Justizminister[2]) nimmt eine letzte Prüfung der Gesetzmäßigkeit des beobachteten Verfahrens vor (vgl. auch Allg. Verf. v. 2. Jan. 1871 Abs. 5), fügt, wenn er es für notwendig erachtet, auch seinerseits noch Bemerkungen über den Konflikt hinzu und sendet endlich die Akten an das Oberverwaltungsgericht zur Fällung der Vorentscheidung. Von diesem Schritte und, wenn er Bemerkungen hinzugefügt hat, von deren Inhalt setzt er zugleich den beteiligten Verwaltungschef in Kenntnis.

Dem Verwaltungschef sind inzwischen, falls eine Provinzialbehörde den Konflikt erhoben hat, deren Akten (mit der Abschrift der Parteierklärungen oder des Benachrichtigungsschreibens, daß Erklärungen nicht eingegangen sind), ebenfalls mit einem gutachtlichen Bericht überreicht worden, und es steht ihm nun frei, auch seinerseits dem Oberverwaltungsgericht seine Bemerkungen zu übersenden: er muß diese jedoch auch dem Justizminister mitteilen (§§ 9, 10 und 12 Ges. v. 8. IV. 47).

II. Nach Zurücknahme des Konfliktes.

Dem Verwaltungschef (Minister) steht, falls er den von der Provinzialbehörde erhobenen Konflikt nicht für begründet hält, die Befugnis zu, den Konflikt, bevor über ihn entschieden worden ist, zurückzunehmen (vgl. oben § 17 II). Dies geschieht durch eine Erklärung gegenüber dem Oberverwaltungsgericht, „daß der Antrag auf Einstellung des Rechtsverfahrens zurückgenommen werde" (§ 11 Ges. v. 8. IV. 47). Das Verfahren gestaltet sich dann so, daß das Oberverwaltungsgericht die Akten an den Justizminister zurücksendet, der „den Fortgang des Rechtsverfahrens

Folien anzugeben, aus denen sich die genaue Beachtung der Förmlichkeiten ergibt (vgl. Allg. Verf. v. 2. IV. 56 am Schluß).

[1]) § 8 Ges. v. 8. IV. 47 gibt ausführlich Abweichungen für das Verfahren im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln. Diese Bestimmungen (und damit auch die entsprechende Darstellung im J.-M.-Bl. 1888 S. 7) sind mit dem Fortfall der rheinischen Besonderheiten in Gerichtsverfassung und Prozeß obsolet geworden (vgl. auch § 12 Ziff. 3 A.-G. z. GVG.).

[2]) Seine Mitwirkung entspricht dem Art. 14 der franz. ordonnance vom 1. VI. 1828.

veranlaßt“. Dies wird in der Weise geschehen, daß die Akten an das Gericht, bei dem die Sache zur Zeit der Erhebung des Konfliktes geschwebt hat und bei dem sie darum auch noch anhängig ist, zurückgesandt werden, und zwar, wenn es ein Amts- oder Landgericht ist, durch Vermittelung des Oberlandesgerichts [1]. Ebenso wie das Gericht gemäß § 17 Ges. v. 8. IV. 47 nach Fällung der Vorentscheidung den Parteien das Erkenntnis von Amtswegen bekannt zu machen hat, so wird es hier entsprechend den Prozeßbeteiligten die Zurücknahme des Konfliktes von Amtswegen mitzuteilen haben, damit diesen die Möglichkeit zur weiteren Betreibung des einstweilen eingestellten Verfahrens gegeben werde. Ebenso hat es, wenn die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile einstweilen eingestellt worden war (vgl. oben I), diese Einstellung von Amtswegen wieder aufzuheben [2].

III. Nach Fällung der Vorentscheidung.

Dies Verfahren ist zweckmäßiger unten (§ 26) zu besprechen.

2. Tätigkeit des Oberverwaltungsgerichts.

a. Die processuale Seite.

Bei Beratung des § 11 E.-G. z. GVG. hat sich der Reichstag nicht darüber entschieden, welches Verfahren vor dem OVG. beim unechten K. K. zur Anwendung kommen sollte: es war infolgedessen bis zum Erlaß des LVG. bestritten, ob bei der Entscheidung das besondere im Gesetz vom 13. Februar 1854 angeordnete Verfahren zu Grunde gelegt werden solle oder das für Verwaltungssteitsachen maßgebliche Verfahren [3]. Für erstere An-

---

[1]) Vgl. J.-M.-Bl. 1888 S. 6 III. Ebenso Droop S. 123 Anm 41 und Stölzel, Rechtsweg S. 370, 3 (beide allerdings für den Kompetenzkonflikt: diese Ansichten sind jedoch analog für den Konflikt zu verwerten).

[2]) Vgl. ebenso für den Kompetenzkonflikt Stölzel, Rechtsweg S. 370.

[3]) Für das Verwaltungsstreitverfahren: Förtsch No. 36, Lasker und Miquel in Hahn S. 1617. Für das Verfahren nach dem Ges. v. 13. II. 54: Abg. Klotz und Hänel in Hahn S. 1631; letzterer bezeichnete alle entgegenstehenden Ansichten als „willkürlich“. Stenglein (3. Aufl. S. 6) ist der Ansicht, „daß kein Hindernis besteht, für die Vorentscheidung vor dem Oberverwaltungsgericht ein besonderes Verfahren anzuordnen“. Ebenso Loewe-Hellweg, Anm. 8 zu § 11 E.-G. z. GVG.

sicht spricht, daß eine rein äußerliche Übertragung der Entscheidung von Gerichtshof zu Gerichtshof nicht unbedingt zur Folge haben muß, daß von nun an nach denjenigen Rechtsnormen verfahren wird, deren sich der neue Gerichtshof bisher im allgemeinen bediente. Es erscheint erklärlicher, daß das bisher für die betreffende Materie geltende Verfahren vor dem neuen Gerichtshof ebenfalls zur Anwendung kommt. Für die zweite Ansicht aber sprechen doch praktische Gründe, wie z. B. ein Blick auf den Rechtszustand Elsass-Lothringen's zeigen kann. Hier folgte als Behörde, die beim Konflikt die Vorentscheidung zu treffen hat, der Oberpräsident auf den Staatsrat und auf den Oberpräsidenten wiederum das Reichsgericht: wie hätte wohl das vor dem Staatsrat vorgeschriebene Verfahren auf den Oberpräsidenten und wie das vor dem letzteren gültige Verfahren wieder auf das Reichsgericht übertragen werden sollen?

Die zweite Ansicht ist diejenige, welcher sich die Gesetzgebung angeschlossen hat. § 114 LVG. bestimmt nämlich, daß die nach § 11 E.-G. z. GVG. dem OVG. zustehenden Vorentscheidungen in dem durch § 113 Abs. 5 LVG. vorgeschriebenen Verfahren zu erfolgen haben und daß für dieses Verfahren im übrigen die Vorschriften über das Verwaltungsstreitverfahren entsprechende Anwendung finden sollen.

§ 21. Die Parteirollen.

Bevor wir und damit wir auf das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht selbst eingehen können, bedarf es einer grundsätzlichen Stellungnahme zu der Frage, wer sich in diesem Verfahren als Kläger und Beklagter gegenübersteht. Herrscht nämlich hierüber nicht Klarheit, so entbehren alle Ausführungen über den Gang der Verhandlungen, über Zustellungen und dergl. der notwendigsten Grundlage, da man nicht weiß, zwischen wem gehörig zu verhandeln und wem zuzustellen ist.

I. Die noch verhältnismäßig junge Wissenschaft des Verwaltungsrechtsprozesses hat sich mit der allgemeinen Frage, welches die Parteien im Verwaltungsstreitverfahren seien, bisher noch nicht ausgiebig beschäftigt. Nur zwei selbständige Einzel-

untersuchungen von Schultzenstein[1]) und von Popitz[2]) sind erschienen, während im übrigen zu der Frage nur gelegentlich Stellung genommen wird, so in den Abhandlungen von Friedrichs[3]), Mueller[4]) und Zorn[5]), ferner beispielsweise in den Lehr- und Handbüchern des Verwaltungsrechts von Loening[6]), G. Meyer[7]) und Parey[8]).

Daß sich im Verwaltungsstreitverfahren trotz aller Unterschiede, welche zwischen diesem und dem Zivilprozeßverfahren obwalten, ebenso wie in dem letzteren, Partei und Gegenpartei gegenüberstehen, die vor dem Verwaltungsgericht mit einander streiten, darüber herrscht jetzt Einverständnis. Das Gesetz geht unverkennbar davon aus, denn es spricht in den §§ 63—65, 67—69 LVG. u. a. ausdrücklich teils vom „Kläger" oder „Beklagten", teils von den „Parteien". Die kritischen Betrachtungen Zorn's, der ein Gegner jeglichen Parteibegriffs im Verwaltungsstreitverfahren ist, setzen ebenfalls voraus, daß Parteien tatsächlich existieren; sie sind nur de lege ferenda zu verstehen, bezeichnen aber von diesem Standpunkt aus, hauptsächlich mit Rücksicht auf die Wahrung der öffentlichen Autorität, den Parteibegriff als „absurd": es würden Verhältnisse in diesen Begriff hineingezwängt, die garnicht hineinpaßten. Unbestritten ist ferner, daß man es im Verwaltungsstreitverfahren mit wirklichen Parteien, nicht etwa nur mit Parteirollenträgern oder etwa mit Wesen zu tun hat, die nur teilweise Parteien sind[9]). Jedoch kann man nicht vorbehaltlos den für den Zivilprozeß geltenden Parteibegriff: ei, quorum res in iudicium deducitur, auch für das

[1]) Verwaltungsarchiv Bd. 12 S. 112 ff.

[2]) „Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren", Inauguraldissertation von Halle a. S. 1907. Dazu Schultzenstein im Verwaltungsarchiv 15 S. 475.

[3]) Verwaltungsarchiv Bd. 6 S. 358.

[4]) „Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht" S. 117 ff.

[5]) Verwaltungsarchiv Bd. 2 S. 100 ff.

[6]) S. 796 f und S. 803 f.

[7]) 2. Auflage 1893 Bd. 1 S. 36.

[8]) Handbuch des Preuß. Verwaltungsrechts. Berlin 1887. Bd. 1 S. 92 ff.

[9]) Vgl. Friedrichs S. 400 f; Mueller S. 118 und Schultzenstein Band 12 S. 132, 137 und 148.

Verwaltungsstreitverfahren Anwendung finden lassen[1]), denn wenn im letzteren teilweise Behörden Rechte und Pflichten wahrnehmen, so ist es nicht ihre res, die sie verfechten. Vielmehr ist Schultzenstein[2]) zu folgen, wenn er den neuerdings auch für den Zivilprozeß vertretenen Parteibegriff: ei, qui rem in iudicium deducunt und contra quos res in iudicium deducitur, als allein für das Verwaltungsstreitverfahren anwendbar erklärt.

Für uns fragt es sich nun, wer diese Parteien sind, die sich bei der Entscheidung über den Konflikt in dem Verfahren vor dem OVG. gegenüberstehen. Aus dem Sprachgebrauche des LVG. läßt sich für unsere Zwecke nichts entnehmen, denn einmal ist dort nicht immer unter „Partei" nur die eigentliche Partei zu verstehen, sondern auch noch andere Personen, wie Parteivertreter, Kommissar und Beigeladener[3]) (vgl. z. B. § 62 Abs. 2 Satz 2 LVG.), sodann finden die Vorschriften des LVG., wie erwähnt, nur entsprechende Anwendung für das Konfliktsverfahren. Wenn schließlich § 113 Abs. 5 LVG., der ja auf das Konfliktsverfahren anzuwenden ist, im Gegensatz zu den über ihre Kompetenz streitenden Behörden von den „Parteien" redet, so sind damit offensichtlich nicht die vor dem OVG. streitenden Parteien gemeint. Aber auch Literatur und Judikatur haben sich bisher über die Frage der Parteistellung im Konfliktsverfahren nicht grundsätzlich ausgesprochen. Nur bei Friedrichs finden sich folgende Andeutungen: „In Konflikts- . . . . . streitigkeiten kommt als Kläger nur eine Behörde von gewissen Eigenschaften vor" und „In Konflikts- . . . sachen ist der Vertreter des öffentlichen Interesses (allerdings in streng einseitiger Auffassung) stets Kläger und Hauptpartei"[4]). Damit ist jedoch für unsere Zwecke nicht viel gewonnen, denn darüber, wer Beklagter ist und damit wer die Parteien beim Konfliktsverfahren sind, wird uns keine Aufklärung

---

[1]) Vgl. Popitz S. 56 und Schultzenstein S. 174.

[2]) S. 175.

[3]) Vgl. auch Schultzenstein S. 158.

[4]) Verwaltungsarchiv Bd. 6 S. 402 und 413. Im Verwaltungsarchiv Band 15 S. 470 (bei Besprechung des Buches von Georg Bartels, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten) meint er jedoch, die Vorschriften über den Konflikt gehörten in das Verwaltungsstreitverfahren überhaupt nicht hinein.

zuteil, auch fügt Friedrichs seinen Behauptungen keine Begründung bei, sodaß jedenfalls die Äußerung „allerdings in streng einseitiger Auffassung“ unverständlich bleibt. Wenn man schließlich aus dem Rubrum der in Konfliktssachen ergangenen Urteile des OVG. einen Anhalt wenigstens dafür zu schöpfen hofft, wen dieses Gericht als Parteien während des Konfliktsverfahrens ansieht, so findet sich auch dort kein Aufschluß. Denn das OVG. nennt erkennbar nur die Parteistellung aus dem Prozeß vor dem ordentlichen Gericht, ohne eine Andeutung über die Parteistellung im Konfliktsverfahren selbst zu geben, indem es z. B. im Rubrum sagt:

„In Sachen betreffend den von der Königlichen Regierung zu N. erhobenen Konflikt in der Privatklagesache des Kutschers N. zu N.

wider

den Lehrer N. daselbst, wegen Beleidigung . . . . .[1])

Nach alledem bedarf es, um zum Ziele zu gelangen, sachlicher Erwägungen.

1. Zunächst fragt es sich, wem die Rolle des Klägers zufällt. Friedrichs's Antwort lautete: „Nur einer Behörde von gewissen Eigenschaften“, und darin ist ihm beizustimmen. Wie nämlich bereits oben in der geschichtlichen Schilderung hervorgehoben worden ist (vgl. z. B. S. 52), war das Konfliktsgesetz dazu bestimmt, ein Schutz für die Beamten zu sein und vexatorischen Klagen gegen dieselben vorzubeugen. Dementsprechend verlieh § 1 des Konfliktsgesetzes das Recht zur Erhebung des Konfliktes der vorgesetzten Provinzial- oder Zentralbehörde als derjenigen Behörde, von welcher ein Schutz für ihren direkten Untergebenen am wirksamsten ausgehen kann. Wenn demnach auch der Beamte gewißlich ein großes Interesse an dem günstigen Ausfall der Vorentscheidung des OVG. hat und wenn auch er es ist, der, wie oben (S. 115) dargelegt, meist die Anregung zur Erhebung des Konfliktes geben wird, so ist doch nach außen hin die Behörde diejenige, die das überwiegende und das maßgebende Interesse daran hat, daß der Konflikt für zulässig erachtet werde. denn sie ist es, die das Konfliktsverfahren betreibt und die die

---

[1]) Oder: „In Sachen, betr. den in der Zivilprozeßsache des A. Klägers, gegen den B., Beklagten, wegen Schadensersatzforderung von der Kgl. Regierung zu K. erhobenen Konflikt.

Vorentscheidung zu Gunsten ihres Beamten verlangt. Im Ergebnis werden sich zwar die Interessen des Beamten mit denen der Behörde decken, werden aber während des Konfliktsverfahrens selbst hinter denselben zurücktreten und nur im inneren Verhältnis zwischen Behörde und Beamten zur Erscheinung kommen. Für diesen Abschnitt des Prozesses, für das Konfliktsverfahren, vollzieht sich also ein Wechsel in den Parteien und in den Parteirollen. Daß dies an sich möglich sei, ist als unbestritten anzusehen[1]). Und zwar ist die Konfliktsbehörde diejenige, welche an das Oberverwaltungsgericht ein Verlangen richtet, sie ist diejenige, welche in das schwebende Verfahren vor dem ordentlichen Gericht eingegriffen und vorübergehend dem bisherigen Kläger seine Rolle als Kläger entwunden hat, sie ist jetzt selbst Klägerin geworden.

2. Schwieriger ist es, die Rolle des Beklagten zu bestimmen. Denn hierüber findet sich nirgends eine Andeutung. Daß der Beamte nicht Beklagter sein kann, geht aus den vorstehenden Erwägungen hervor, denn gerade seine Interessen sind es ja, die die Konfliktsbehörde vor dem OVG. klagend vertritt. Aus diesem Grunde aber muß auch derjenige im Konfliktsverfahren Gegner der Behörde sein, welcher im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht Gegner des Beamten war, denn ihm muß nach wie vor daran liegen, eine Verurteilung des Beamten herbeizuführen, während die Behörde das Gegenteil zu erreichen sucht. Im Zivilprozeß kommt als solcher Gegner der frühere Kläger in Betracht, im Strafprozeß bei erhobener Privatklage der frühere Privatkläger. Sie sind also im Konfliktsverfahren die Beklagten. Insoweit kommt man ohne Schwierigkeit mit den schon aus dem Prozeß vor dem ordentlichen Gericht vorhandenen Parteien aus. Anders ist es beim Strafprozeß, in welchem die öffentliche Anklage erhoben worden ist. Würde man hier ebenso wie oben folgern, so müßte man als Beklagte die Staatsanwaltschaft bezeichnen, denn sie ist es, die vor dem ordentlichen Gericht die Verurteilung des Beamten erstrebt hat und daher sich mit der Konfliktsbehörde im Gegensatz befindet. Diese Deduktion würde jedoch schon materiell hier und

---

[1]) Vgl. Mueller S. 135 und Schultzenstein 12 S. 169.

dort zu Bedenken Anlaß geben, da ja sowohl Konfliktsbehörde als auch Staatsanwaltschaft staatliche Organe sind, mithin auch staatliche Interessen vertreten und wir somit zu dem Resultat kommen würden, daß auf beiden Seiten staatliche Interessen sich gegenüberständen. Ob dies möglich ist, mag hier dahingestellt bleiben[1]). Jedenfalls aber ist es ausgeschlossen, der Staatsanwaltschaft die Rolle der Beklagten zuzuschreiben, da sie überhaupt als Partei nicht angesehen werden kann. § 158 Abs. 2 Str. Pr. O. bestimmt nämlich, daß die Staatsanwaltschaft nicht bloß die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln hat. Wer aber in einem Prozeßverfahren die Interessen einer Partei wahrnimmt, liegt mit dieser nicht im Prozeß, und kann nicht Gegenpartei sein. Die Staatsanwaltschaft muß daher als Beklagte ausscheiden[2]). Es bleibt also nur übrig, daß an Stelle der Staatsanwaltschaft ein Anderer die Rolle des Beklagten übernimmt. Es fragt sich nur, wer? Das Landesverwaltungsgesetz beantwortet uns selbst die Frage, indem es in § 74 Abs. 3 bestimmt, daß in den Fällen, in denen das Gesetz die öffentliche Behörde, welche die Rolle des Klägers oder des Beklagten wahrzunehmen hat, nicht bezeichnet, behufs der erforderlichen Wahrnehmung des öffentlichen Interesses ein Kommissar zu bestellen ist. Dieser Fall liegt hier vor, und der zu bestellende Kommissar muß also als Beklagter angesehen werden.

Hier bedarf es noch einer Stellungnahme zu der Äußerung von Friedrichs, daß der Kommissar in Konfliktssachen „(allerdings in streng einseitiger Auffassung) stets Kläger und Hauptpartei" sei. Diese Ansicht würde, auch wenn sie zutreffend wäre, das Resultat, zu dem wir gelangt sind, nicht beeinträchtigen können, denn Friedrichs muß offenbar von einem ganz anderen

---

[1]) Schultzenstein (S. 170 f.) verneint die Möglichkeit, während Popitz (S. 43 ff.) bejaht. Dazu Schultzenstein 15 S. 479.

[2]) Richtig ist darum auch der vom badischen VGH. im Urteil vom 20. IX. 1894 (abgedruckt in der Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege Jahrgang 27 S. 18 ff. und auszugsweise in Teil 2 der „Rechtsprechung des Großh. Badischen Verwaltungsgerichtshofes" S. 335 ff.) eingenommene Standpunkt, die Staatsanwaltschaft nicht zu laden, „weil sie hier nicht als Partei im Sinne des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege anzusehen ist".

Kommissar, nämlich von dem nach § 74 Abs. 2 LVG. bestellten, sprechen. Wenigstens ist dies daraus zu folgern, daß er vorher gesagt hat, „als Kläger komme nur eine Behörde von gewissen Eigenschaften vor": es fehlt also nach seiner Ansicht nicht an einer Behörde, welche die Rolle des Klägers wahrzunehmen hat, und es entfällt damit die Voraussetzung für die Bestellung eines Kommissars nach § 74 Abs. 3 L. V. G., der nach unserer oben entwickelten Ansicht im Konfliktsverfahren Beklagter sein muß. Es bleibt also nur der Kommissar übrig, welcher nach § 74 Abs. 2 L. V. G. in geeigneten Fällen auch ohne Antrag einer Partei zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses für die mündliche Verhandlung — man muß annehmen, auch für die über den Konflikt — bestellt werden kann. Daß dieser aber „stets Kläger und Hauptpartei" sei, ist irrig:[1]) er kann ebenso gut Beklagter sein. Danach ist der von Friedrichs aufgestellte Satz nicht haltbar.

Das Ergebnis ist also, daß im Konfliktsverfahren die Rolle des Klägers der Konfliktsbehörde zufällt, die des Beklagten beim Zivilprozeß dem Zivilkläger und beim Strafprozeß, je nachdem Privatklage oder öffentliche Klage erhoben worden ist, dem Privatkläger oder dem zu bestellenden Kommissar.

II. Der Beamte scheidet jedoch darum, weil er vor dem OVG. nicht selbst Partei ist, in dem Verfahren vor dem OVG. keineswegs vollständig aus, denn auch er hat ja ein ganz erhebliches Interesse daran, daß das Konfliktsverfahren einen für ihn günstigen Verlauf nehme. Er kann hier aber nur als „Dritter" bei der Beteiligung am Rechtsstreit in Betracht kommen. Den verschiedenen Mitteln gegenüber, welche die C. P. O. kennt, um Dritten die Möglichkeit zur Teilnahme am Rechtsstreit zu geben, wie z. B. Haupt- und Nebenintervention, Streitgenossenschaft und Streitverkündung, kennt nun das LVG. nur die Beiladung. Diese ist nach § 70 LVG. Dritten gegenüber zugelassen, deren Interesse

[1]) Ob der in der Vorentsch. des OVG. v. 26. II. 1897 (Entsch. Bd. 32 S. 451) erwähnte, vom Minister der auswärtigen Angelegenheiten bestellte Kommissar nach § 74 Abs. 2 oder 3 LVG. bestellt worden war, ist nicht ersichtlich.

durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird. Sie steht im Ermessen des Gerichtes und kann auf Antrag oder von Amtswegen erfolgen, sodaß jedenfalls die nicht erfolgte Beiladung keinen wesentlichen Mangel bildet[1]). Der Beigeladene ist, da er nicht klagt und nicht verklagt wird, nicht eigentliche Partei oder wirklicher Streitgenosse[2]). Diese grundsätzlichen Bemerkungen über die Beiladung treffen den Beamten im Konfliktsverfahren gegenüber zu. Wenn er also an dem Verfahren vor dem OVG. sich persönlich beteiligt, wenn er selbst zur Verhandlung über den Konflikt erscheint, so ist dies darauf zurückzuführen, daß er auf Antrag oder von Amtswegen, weil das OVG. es für zweckdienlich erachtet hat, zur Verhandlung beigeladen worden ist[3]). Ist der Beamte aber einmal beigeladen worden, so hat er, da die Beiladung die Entscheidung auch dem Beigeladenen gegenüber wirksam machen soll, für den Prozeß sämtliche Rechte einer Partei, er muß also von allen Terminen benachrichtigt werden und das Urteil ist ihm zuzustellen[4]).

§ 22. **Das Verfahren.**

Abgesehen von den Parteirollen bietet das Verfahren vor dem OVG. keine Besonderheiten. Es verläuft also nach folgenden Sätzen (vgl. § 114 LVG.):

Sobald die Gerichtsakten mit dem die Erhebung des Konfliktes aussprechenden Beschluß, mit den Gutachten der Gerichte und den gegebenen Falles hinzugefügten Bemerkungen des Justizministers und des Verwaltungschefs beim OVG. eingegangen sind, setzt der Vorsitzende des mit der Entscheidung über Konflikte betrauten

[1]) Vgl. auch Kunze in Bd. 1 des Verwaltungsarchivs: „Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren" S. 202.

[2]) Kunze S. 211.

[3]) Diese Ansicht scheint auch für Baden zuzutreffen. Wenigstens sagt Joos, der Herausgeber von Teil 2 der „Rechtspr. des Großh. Bad. Verwalt.-Gerichtshofes" in der auszugsweisen Wiedergabe des Urteiles v. 20. IX. 1894 auf S. 336 (allerdings im Gegensatz zu der anscheinend wörtlichen Wiedergabe desselben Urteiles im 27. Jahrg. der „Zeitschr. f. Bad. Verwaltg. und Verwaltungsrechtspflege" S. 21): „Wohl aber ist der Angeklagte selbst beigeladen worden".

[4]) Vgl. Friedrichs S. 407 und Mueller S. 128.

Senates[1]) von Amtswegen einen Termin zur mündlichen Verhandlung an und ernennt einen Referenten. Zu dem Termin werden die Parteien (vgl. § 21) unter der Verwarnung geladen, daß beim Ausbleiben nach Lage der Verhandlungen werde entschieden werden (§§ 114 und 90 LVG.). Ferner erhalten der Justizminister und der zuständige Ressortminister Kenntnis von dem Termin, auch wird, wenn es sich um ein Strafverfahren handelt, die Staatsanwaltschaft benachrichtigt[2]).

Der Termin zur mündlichen Verhandlung selbst erfolgt in öffentlicher Sitzung; in derselben sind die Parteien des Verfahrens vor dem ordentlichen Gericht zu hören (§§ 114, 113 Abs. 5 LVG.). Die Öffentlichkeit kann jeder Zeit durch einen öffentlich zu verkündenden Beschluß sowohl während der mündlichen Verhandlung als auch während der Beweisaufnahme ausgeschlossen werden, wenn nach Ansicht des Gerichts Gründe des öffentlichen Wohles oder der Sittlichkeit dafür sprechen. (§§ 114 und 72 LVG.). — Für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen finden die Vorschriften der §§ 41, 42 und 49 CPO. und der §§ 22, 24 und 31 Str. PO. Anwendung. Die Verhandlung über die Ablehnung erfolgt in nicht öffentlicher Sitzung. Das Gericht beschließt über das Ablehnungsgesuch endgültig (§§ 114, 61 u. 62 LVG.) — Den Parteien steht es frei, ihre tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen in der mündlichen Verhandlung zu ergänzen oder zu berichtigen. Ferner sind sämtliche Beweismittel anzugeben, die schriftlichen sind, soweit dies nicht schon geschehen, vorzulegen, auch können Zeugen zur Vernehmung gestellt („vorgeführt“) werden. Dem Vorsitzenden des Senates steht das richterliche Fragerecht zu, dessen Ausübung er auch einem Mitglied des Ge-

[1]) Es ist dies der 1. Senat und in den Fällen, in welchen es sich um Angelegenheiten der Geistlichen und Lehrer handelt, der 8. Senat. Diese Feststellung verdanke ich einer Auskunft des OVG., die mir auf eine Anfrage hin in entgegenkommender Weise erteilt wurde.

[2]) Im Gesetz steht darüber nichts, jedoch entspricht dies Verfahren der Praxis des OVG., wie mir ebenfalls in der in Anm. 1 erwähnten Auskunft mitgeteilt wurde. Übrigens spricht der Umstand, daß die Staatsanwaltschaft vom Termin nur „benachrichtigt“ wird, dafür, daß auch das OVG. dieselbe (entsprechend meinen Ausführungen in § 21 I 2) nicht als Partei behandelt.

richts gestatten kann. Er hat dahin zu wirken, daß der Sachverhalt vollständig aufgeklärt werde (§§ 114 und 71 LVG.)

Das Gericht kann Untersuchungen an Ort und Stelle vornehmen, Zeugen und Sachverständige laden und sie eidlich vernehmen. Die Beweiserhebung kann durch ein Mitglied des Gerichtes oder durch eine zu ersuchende Behörde stattfinden, wenn sie nicht in der mündlichen Verhandlung erfolgen soll. Nach der Beweisaufnahme können die Parteien ihre Bemerkungen zur Beweiswürdigung schriftlich einreichen [1]). Daß sonstige Schriftsätze, wie Friedrichs [2]) behauptet, wegen des weiten Weges, den die Akten vom ordentlichen Gericht bis zum Oberverwaltungsgericht zurücklegen müssen, ausgeschlossen sind, scheint mir durch nichts gerechtfertigt zu sein. Denn Schriftsätze, die zu der Zeit gewechselt werden, in welcher das Verfahren vor dem OVG. schwebt, sind doch bei diesem selbst einzureichen.

Über den Verlauf der Verhandlung wird ein Protokoll geführt, welches die wesentlichen Hergänge der Verhandlung enthalten muß und vom Vorsitzenden und dem (vereidigten) Protokollführer unterzeichnet wird. Das eben Gesagte gilt auch für das Beweisverfahren: der Protokollführer kann dort auch eine durch Handschlag zu verpflichtende Persönlichkeit sein (§§ 114, 75 und 77, 1 LVG.). Bei der Beratung darf ein Protokollführer nicht zugezogen werden (§ 7 des Regulativs für den Geschäftsgang bei dem Oberverwaltungsgerichte vom 22. Februar 1892 [3])).

Die Vorschrift des § 2 Absatz 2 Ges. v. 13. II. 54, wonach der Gerichtshof vor Fällung des Urteiles noch tatsächliche Ermittelungen durch die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden veranlassen und die Fortsetzung der gerichtlichen Untersuchung bis zu einem bestimmten Ziel anordnen kann, ist als Verfahrensvorschrift durch § 114 LVG. aufgehoben worden [4]).

Das Gericht hat nach seiner freien, aus dem ganzen Inbegriff der mündlichen Verhandlung und der Beweiserhebungen geschöpften

[1]) vgl. Friedrichs § 22 Anm. 8.

[2]) vgl. § 23.

[3]) vgl. Min.-Bl. f. d. ges. innere Verwaltung v. 1892 S. 133.

[4]) Dies erkennt allein richtig Friedrichs § 26. Irrig dagegen v. Arnstedt Bd. I S. 336, Cretschmar S. 48 und Erk. d. OVG. v. 9. XII. 1893 im Preuß. Verw.-Bl. XV S. 279.

Überzeugung zu entscheiden, ohne (vgl. unten § 23) an die Gutachten und gutachtlichen Bemerkungen sowie an die Gründe gebunden zu sein, welche zur Rechtfertigung der gestellten Anträge geltend gemacht worden sind (§§ 114, 97 und 79 LVG.). Die Abstimmung darf nicht schriftlich erfolgen, jedoch kann jedes Mitglied seine abweichende Ansicht mit Gründen schriftlich fixieren und dem Vorsitzenden des Senates überreichen: dies Schriftstück wird dann mit der Urteilsurschrift und den vorbereitenden Arbeiten des Referenten aufbewahrt (§ 7 des Regulativs für den Geschäftsgang beim OVG. v. 22. II. 1892). Die Entscheidung ergeht in Form eines Urteiles[1]), welches „im Namen des Königs“ erlassen wird (§ 14 des Regulativs). Der Regel nach wird das Urteil durch Verlesen der Urteilsformel in öffentlicher Sitzung des Gerichts seitens des Vorsitzenden verkündet; letzterer kann auch, wenn es für angemessen erachtet wird, den wesentlichen Inhalt der Gründe mündlich mitteilen oder die Gründe verlesen. Auch kann die Verkündung der Entscheidung bis zu einer der nächsten Sitzungen ausgesetzt werden, zu welcher dann die Beteiligten mündlich geladen werden (§ 9 des Regulativs).

Das durch die Erhebung des Konfliktes veranlaßte Verfahren ist kosten- und stempelfrei. Auch bare Auslagen werden nicht in Ansatz gebracht. Eine Erstattung der erwachsenen Kosten findet nicht statt (§§ 114 und 113 Abs. 5 LVG.)[2]).

Die Entscheidung des OVG. ist eine endgültige. Sie kann daher durch ein außerordentliches Rechtsmittel, wie z. B. die Wiederaufnahmeklage, nicht angefochten werden[3]). Dies ergibt sich nämlich daraus, daß die Anstellung der Wiederaufnahmeklage

[1]) Dagegen ergeht die Entscheidung des Reichsgerichts, wenn letzteres gemäß § 11, 2 E.-G. z. GVG. tätig wird, in Form eines Beschlusses (vgl. z. B. Sohn's Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen Bd. 28 S. 109 ff. und Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 52, S. 108 u. S. 369).

[2]) Anders z. B. in Baden: ist dort eine Vorentscheidung des Inhaltes ergangen, daß der Beamte sich einer Überschreitung der Amtsbefugnisse oder einer Unterlassung schuldig gemacht habe, so werden nach Art. 11 Abs. 3 des bad. Ges. v. 24. II. 1880 die dem Gegner des Beamten durch das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erwachsenen notwendigen Kosten aus der Staatskasse ersetzt (vgl. auch unten § 32).

[3]) vgl. v. Arnstedt Bd. 1, S. 351; Bartels S. 29 und 197 No. 447; v. Brauchitsch 19. Aufl. Bd. 1 S. 682; Friedrichs S. 508 f.

gemäß § 100 LVG. nur statthaft ist gegen die im Verwaltungsstreitverfahren ergangenen, rechtskräftig gewordenen Endurteile, und zwar unter denselben Voraussetzungen, in demselben Umfang und innerhalb derselben Fristen wie die Nichtigkeits- resp. Restitutionsklage nach den bürgerlichen Prozeßgesetzen. Das Feststellungsurteil des OVG. ist aber nur eine Vorentscheidung, die sich ihrer Natur nach vom Endurteil unterscheidet, und zwar besonders darin, daß sie niemals rechtskräftig werden und geltendes Recht zwischen den Parteien schaffen kann: wirklich geltendes Recht schafft erst das Urteil des ordentlichen Gerichts, welches nicht einmal in allen Fällen in seiner Tätigkeit durch die Vorentscheidung beeinflußt wird. Nur gegen dieses Urteil des ordentlichen Gerichts kann die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach Eintritt der Rechtskraft erhoben werden[1]).

Nachdem durch Urteil entschieden worden ist, werden die Akten mit einer Ausfertigung des Urteiles, die mit Gründen versehen sein muß (§§ 114. 81 LVG.)[2]), dem Justizminister zugestellt. Ebenso erhält der beteiligte Verwaltungschef eine Urteilsausfertigung. Justizminister und Verwaltungschef, ersterer unter Übersendung der Akten wie bei der Zurücknahme des Konfliktes (vgl. S. 120), teilen dem Gericht bezw. der Verwaltungsbehörde das Ergebnis der Vorentscheidung mit, und das Gericht schließlich gibt den Parteien (und zwar denjenigen, die für das ordentliche Gericht als Parteien nur in Betracht kommen können, nämlich dem Zivil- bezw. Privatkläger und dem Beamten als den Parteien des Zivil- bezw. Strafprozesses) den Inhalt des Urteiles bekannt (§ 17 Ges. v. 8. IV. 47), (Näheres unten § 26). —

Das Gesetz sieht auch die Möglichkeit einer Veröffentlichung des Urteiles vor; jedoch liegt die Entscheidung hierüber im Ermessen des Justizministers und des Verwaltungschefs (§ 17 Ges. v. 8. IV. 1847).

---

[1]) Eingehend Entsch. d. OVG. Bd. 25 S. 420 und Preuß. Verw.-Bl. XIV, S. 622.

[2]) Auch ist dieselbe vom Vorsitzenden des erkennenden Senates zu vollziehen und mit dem großen Siegel des OVG. und der Schlußformel: „Urkundlich unter dem Siegel des Königlichen Oberverwaltungsgerichts und der verordneten Unterschrift" zu versehen (§§ 13 und 14 des Regulativs).

§ 23. b. Umfang der sachlichen Beurteilung.

I. Nach § 11 E.-G. z. GVG. ist die Vorentscheidung des OVG. auf die Feststellung beschränkt, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefuguisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.

Zur Bewirkung dieser Feststellung hat das OVG. nacheinander über Folgendes Klarheit zu schaffen:

1. Liegt, wenn der Beamte die Tat begangen hat, ein Handeln in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des Amtes vor?

2. Hat der Beamte hierbei seine Amtspflichten überschritten oder pflichtwidrig zu erfüllen unterlassen und hat er sich dadurch schuldig gemacht?[1]).

Damit ist aber auch die Tätigkeit des OVG. erschöpft; weitere Fragen unterliegen nicht mehr seiner Beurteilung. Insbesondere ist es, wie bereits angedeutet, für die Feststellung des OVG. gleichgültig, ob die dem Beamten vorgeworfene Handlung von diesem wirklich begangen worden ist. vielmehr ergeht die Feststellung lediglich für den Fall, daß die Tat begangen sein sollte. Weiterhin fällt außerhalb des Kreises der Beurteilung des OVG. die Beantwortung der Frage, ob in der Handlungsweise des Beamten alle gesetzlichen Erfordernisse enthalten sind, damit sie unter den mit Strafe bedrohten Tatbestand falle oder zum Ersatz verpflichte: so z. B. bei einer Schadensersatzforderung, ob der Kausalzusammenhang vorhanden sei und dergl. Würden diese Fragen nämlich alle vom OVG. zu beantworten sein, so würde es sich um eine Vorentscheidung nicht mehr handeln, sondern das OVG. würde eine erschöpfende Untersuchung der Angelegenheit vornehmen, die aber nicht beabsichtigt ist.

II. Besonderer Erörterung bedarf noch die Frage, welchen Einfluß das Erfordernis der Feststellung der schuldhaften Verletzung der Amtspflicht auf die Tätigkeit des OVG. bei Beurteilung des Konfliktes ausübt.

a) In erster Linie darf nach dem Wortlaut des § 11 E.-G. z. GVG. behauptet werden, daß die Tätigkeit des OVG. insofern eine

---

[1]) vgl. dazu Bochmann, Rechtsgrundsätze des OVG. S. 609 f. und v. Stengel, Organisation der preuß. Verwaltung S. 564.

umfassende ist, als die Beurteilung des jeweils vorliegenden Falles durch eine andere Behörde, z. B. die vorgesetzte Dienstbehörde des Beamten, für die vom OVG. zu treffende Feststellung unerheblich und unmaßgeblich ist[1]): die gutachtlichen Äußerungen resp. Bemerkungen, zu denen Gericht, Justizminister und Centralbehörde befugt sind (vgl. auch oben § 22), haben lediglich den Wert von Meinungsäußerungen. Ebensowenig ist aber auch diejenige Motivierung der Tat bei der Feststellung zu Grunde zu legen, die der Beamte selbst zu seiner Entschuldigung vorgebracht hat, oder etwa die Ansicht des Gegners des Beamten. Schließlich ist auch das OVG. nicht an irgend welche Feststellungen über die Schuld des Beamten, die vom ordentlichen Gericht getroffen worden sind, gebunden: es ist vielmehr in seiner Beurteilung völlig unabhängig vom Stande des gerichtlichen Verfahrens und entscheidet frei nach seiner eigenen Überzeugung.

b) Die Behauptung, daß die Tätigkeit des OVG. eine umfassende sei, ist insofern einzuschränken, als dasselbe auf der anderen Seite wieder nur festzustellen hat, ob Schuld infolge Überschreitung der Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer dem Beamten obliegenden Amtshandlung vorliegt oder nicht: weiter geht seine Tätigkeit keinesfalls. Insbesondere dürfen daher Einwendungen seitens des Beamten, welche nicht lediglich auf die Feststellung dieser Fragen Bezug haben, z. B. der Einwand der Verjährung, nicht zum Gegenstand der Vorentscheidung gemacht werden.

Weiterhin darf der Ausdruck „umfassend“ insofern nicht mißverstanden werden, als man meinen könnte, das OVG. habe die Frage, ob der Beamte der Amtsüberschreitung schuldig sei, nach allen Richtungen hin zu prüfen und sowohl festzustellen, ob objektiv eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliege, als auch, ob ein subjektives Verschulden des Beamten anzunehmen sei. Das Prüfungsrecht des OVG. ist vielmehr lediglich auf die erste Frage

[1]) Ebenso kommt es, wie v. Stengel, Organ. d. preuß. Verw., S. 564 bemerkt, für die Statthaftigkeit der Vorentscheidung nicht darauf an, ob der ordentliche Richter im Widerspruch mit der dem Beamten vorgesetzten Behörde das Vorliegen einer amtlichen Handlung überhaupt verneint, da auch diese Frage den Gegenstand der Vorentscheidung bildet. M. E. ist dies ganz selbstverständlich.

beschränkt. Das ergiebt sich in erster Linie aus den Verhandlungen bei Beratung des § 11 E.-G. z. GVG. Ich verweise nur darauf, daß Miquél als Berichterstatter bei den Reichstagsverhandlungen in dritter Lesung sagte:

..... „daß diese Vorentscheidung sich nur auf die Feststellung der objektiven Frage zu beschränken hat, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe“ [1]).

Ein Widerspruch wurde damals gegen diese Worte nicht erhoben und darum hat der Reichstag den § 11 E.-G. z. GVG. nur in diesem Sinne, wie ihn Miquél dargelegt hat, angenommen. Es ist auch verständlich, daß der Vorentscheidung nur insofern die Fähigkeit, den Rechtsweg zu hemmen, zugewiesen werden sollte, als es sich um Verfolgungen handelte, welche mit Rücksicht auf die objektiv den Beamten zustehenden Amtsbefugnisse unberechtigt sind, während es, wenn das Vorliegen solcher Verfolgungen nicht nachgewiesen werden kann, Sache der ordentlichen Gerichte sein muß, nach allen Seiten hin die angeblichen Rechtsverletzungen zu untersuchen.

Das OVG. hat denn auch „in gleichmäßiger Praxis“ [2]) seine Feststellungen lediglich auf die Prüfung der Frage erstreckt, ob der in Anspruch genommene Beamte objektiv seine Amtsbefugnisse überschritten habe, während es die Frage nach dem subjektiven Verschulden dem ordentlichen Gericht überläßt. Es begründet seinen Standpunkt damit, daß es sagt, § 11 E.-G. z. GVG. habe sich in bewußten Gegensatz zum Konfliktsgesetz setzen wollen, welches dadurch, daß es die Entscheidung davon abhängig machte, ob die Überschreitung der Amtsbefugnisse zur gerichtlichen Verfolgung geeignet sei, der Berücksichtigung rein subjektiver Momente einen weiten Spielraum gelassen habe. Ob dieser Grund

---

[1]) vgl. die stenographischen Berichte des Reichstages von 1876 S. 925 ff. (Sitzung vom 20. Dezember).

[2]) vgl. Entscheid. d. OVG. v. 16. VI. 1886 (Bd. 14 S. 420 und 427), v. 22. X. 1887 (Bd. 15 S. 443), v. 16. IV. 1890 (Bd. 19 S. 445 ff.), v. 13. IV. 1892 (Bd. 32 S. 417) und vom 10. Mai 1907 (bisher unveröffentlicht) in der Zivilprozeßsache S. gegen B. zu Königsberg. (Letztgenannte Entscheidung, auf die ich durch die Tagespresse aufmerksam gemacht worden war, wurde mir in gütiger Weise von den Parteien zur Verfügung gestellt).

zutreffend ist, darf allerdings begründeten Zweifeln unterliegen. Zutreffender erscheinen vielmehr Erwägungen, die davon ausgehen, daß die Worte „schuldig gemacht hat" (§ 11 Abs. 2 E.-G. z. GVG.) dasselbe bedeuten, wie das „zur Last fällt" in § 1 des Konfliktsgesetzes, und ferner, daß auch die Str.Pr.O. den Ausdruck „Schuld" gebraucht, ohne ein strafrechtlich festgestelltes Verschulden im Auge zu haben. So kann — vgl. §§ 293, 295, 298 Str.Pr.O. — im schwurgerichtlichen Verfahren die Haupt- und Schuldfrage bejaht werden und es kann dennoch Freisprechung erzielt werden, indem eine Nebenfrage in gewissem Sinne beantwortet wird [1]. Wie dem auch sei, im Resultat muß man nach der obigen Ausführung der Praxis des OVG. beistimmen [2].

§ 24. c. Entschliessung des Oberverwaltungsgerichtes nach Form und Inhalt.

Über den Inhalt und über die Form der Entschließung des OVG. sagt das Gesetz nur wenig. § 3 des Gesetzes v. 13. II. 54 bestimmt nämlich lediglich, daß, wenn sich der Beamte nach Ansicht des OVG. einer Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht schuldig gemacht hat, dahin zu entscheiden ist, „daß der Rechts-

---

[1] vgl. z. B. Ausführungen des badischen Ministerialdirektors und Oberstaatsanwaltes v. Neubronn anläßlich der Besprechung einer Vorentscheidung des badischen VGH. vom 20. IX. 1894 (abgedruckt in der Zeitschr. für Badische Verw. u. Verwaltungsrechtspflege 27. Jahrg. S. 18 ff.) in den „Annalen der Großh. Badischen Gerichte" 60. Jahrg. S. 379 f.)

[2] Denselben Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht ein (vgl. Rechtsprechung des RG. in Strafs. Bd. 10 S. 385). Dagegen geht die Praxis des Großh. Hessischen VGH. dahin, bei der Vorentscheidung festzustellen, ob auch subjektiv Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliegt (vgl. die Entscheidungen in der „Zeitschrift für Staats- und Gemeindeverwaltung für das Großherzogtum Hessen" Jahrg. 16 S. 18 und Jahrg. 17 S. 11). — Der Großh. Badische VGH. prüft in der in voriger Anmerkung zitierten Vorentscheidung, ob objektiv Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliegt, und gleichzeitig die Frage des subjektiven Verschuldens der Amtsüberschreitung — „aber auch nur dieser, da sie keineswegs mit der Frage des strafgerichtlichen Verschuldens zusammenfällt." — Derselben Ansicht wie das preuß. OVG. und das Reichsgericht ist Loewe-Hellweg Note 5c zu § 11 E.-G. z. GVG. und ferner der Kgl. Bayerische VGH. (Zu den genannten Staaten vgl. noch unten §§ 31—33).

weg gegen den Beamten unzulässig sei", im entgegengesetzten Falle aber, „daß derselbe zulässig sei". So viel steht jedenfalls fest, daß inhaltlich die Entschließung des OVG.[1]) ein wirkliches Erkenntnis, und zwar über eine materielle Frage[2]) ist, und daß man sich von der veralteten Auffassung des französischen Rechts, daß die garantie constitutionelle in einer admission préalable, einer willkürlichen Genehmigung, einem Verwaltungsakte (vgl. oben S. 21), bestehen müsse[3]), endgültig losgesagt hat[4]).

I. In erster Linie läßt der Wortlaut des § 3 Ges. v. 13. II. 54 die Frage offen, wie zu entscheiden sei, wenn der Gerichtshof in die Prüfung der Frage, ob der Beamte sich schuldig gemacht hat, garnicht eintritt, sich vielmehr vor dieser Prüfung bereits Anstände ergeben, die den Konflikt in der Gestalt, in der er erhoben ist, als unzulässig erscheinen lassen. Der Gegenstand derartiger Bedenken kann z. B. sein:

1. daß gegen den Beamten keine gerichtliche Verfolgung im Wege des Zivil- oder Strafprozesses eingeleitet worden war[5]);

2. daß der Konflikt zu Gunsten eines nicht in Betracht kommenden Beamten, z. B. eines Reichsbeamten[6]) oder eines Geistlichen[7]) (bei diesem insbesondere, wenn es eine gerichtliche Verfolgung wegen solcher Handlungen gilt, die in Ausübung des kirchlichen Amtes vorgenommen wurden[8])), erhoben worden war;

3. daß eine dazu nicht befugte Behörde (vgl. oben § 15) den Konflikt erhoben hatte;

4. daß die nötigen Formen sowohl der Erhebung des Konfliktes (vgl. oben § 17) als auch des Verfahrens vor den Gerichten (vgl. oben § 20) nicht beobachtet worden waren;

---

[1]) Ebenso die Entschließung des VGH. in Bayern, Baden und Hessen.

[2]) vgl. Entsch. d. OVG. v. 24. I. 85 Bd. 11 S. 411.

[3]) Der franz. Staatsrat entschied, „dans la forme administrative", nicht in der „section du contentieux", wie sonst beim Verwaltungsstreitverfahren.

[4]) vgl. auch O. Mayer, Justiz und Verwaltung, S. 14 und Nadbyl S. 818 f.

[5]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 25, S. 425.

[6]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 11, S. 403.

[7]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 8, S. 390; Entsch. d. OVG. v. 7. XII. 1889 („Konflikt unzulässig") und 11. XII. 1889 („Konflikt unstatthaft") in Bd. 19 der Entsch. d. OVG. S. 420 und S. 435.

[8]) vgl. aber oben § 14.

5. daß der Konflikt zu spät erhoben worden war (vgl. oben § 18).

In solchen Fällen kann der Konflikt schon von vornherein keinen Erfolg haben. Das OVG. hat sich hier an keinen bestimmten Urteilstenor gebunden, sondern es entscheidet dann dahin: „daß der erhobene Konflikt nicht zulässig sei", oder daß derselbe „nicht statthaft sei" oder schließlich, daß er „nicht für statthaft zu erachten und daß daher dem Rechtsverfahren Fortgang zu geben sei".

II. Sind jedoch Bedenken der vorgenannten Art nicht vorhanden und hat infolgedessen das OVG. die sachliche Begründetheit des Konfliktes geprüft, so kommen die oben genannten Bestimmungen des § 3 des Ges. v. 13. II. 54 in Betracht. Das OVG. hat sich jedoch in diesen Fällen an die vom Gesetz vorgeschriebene Tenorierung: „daß der Rechtsweg gegen den Beamten zulässig bezw. unzulässig sei" nicht gebunden. Vielmehr pflegt es z. B. folgendermaßen zu tenorieren: „daß der Konflikt begründet[1]) (unbegründet[2])) sei", „daß er begründet und daß daher der Rechtsweg unzulässig[3]) (in Strafsachen das Verfahren einzustellen[4])) sei", „daß er zu verwerfen sei[5])", „daß er unbegründet und daß daher der Fortgang des gerichtlichen Verfahrens anzuordnen sei[6])" u. s. w. In allen Fällen pflegt das OVG. also zum Ausdruck zu bringen, daß es den Konflikt auf seine sachliche Begründetheit hin geprüft hat. Es ist zuzugeben, daß dadurch der Tenor an Genauigkeit gewinnt und daß man auf diese Weise in die Lage versetzt wird, schon aus dem Tenor zu erkennen, ob die Entschließung des OVG. auf sachlichen Erwägungen beruht oder dadurch herbeigeführt worden ist, daß der Konflikt den Anforderungen nicht entsprach, die bei der Erhebung desselben zu berücksichtigen waren. Dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber aber darf man es als überflüssig bezeichnen, wenn noch besonders gesagt wird, ob der Konflikt begründet ist oder nicht, denn die Entscheidung, daß

---

[1]) vgl. Preuß. Verw.-Bl. Bd. 5 S. 268.
[2]) vgl. Preuß. Verw.-Bl. Bd. 5 S. 39.
[3]) vgl. Preuß. Verw.-Bl. Bd. 7 S. 216.
[4]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 15 S. 439.
[5]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 16 S. 412.
[6]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 31 S. 438.

der Rechtsweg zulässig bezw. unzuläsig ist, kann nach § 3 des Ges. v. 13. II. 54 nur ergehen, wenn der Konflikt unbegründet bez. begründet ist, gibt also über die Entscheidung letzterer Frage bereits genügend Auskunft.

§ 25. d. Die Natur der Entschliessung und ihre Tragweite.

I. Der Versuch, die dem OVG. durch § 11 E.-G. z. GVG. übertragene „Vorentscheidung" mit sonstigen Entscheidungen, die dem Endurteil vorausgehen, unter einem allgemeinen Gesichtspunkt zu betrachten, führt zu erheblichen Schwierigkeiten:

1. Allerdings konnten wir schon oben (§ 19) erwähnen, daß die „Vorentscheidung" insofern nicht einzig in ihrer Art dasteht, als es sowohl im Reiche als auch in Preußen die verschiedensten Fälle gegeben hat und noch gibt, in denen der Entscheidung des ordentlichen Gerichts die Entscheidung einer anderen Behörde oder Korporation vorauszugehen hat. So muß, um Beispiele zu erwähnen, über die Entschädigung, welche wegen Enteignungen gewährt wird, sowie über die zu bestellende Kaution zunächst ein Beschluß des Bezirksausschusses vorliegen, bevor (innerhalb 6 Monaten nach Zustellung des Beschlusses) der Rechtsweg beschritten werden kann[1]. Ebenso setzt die Klage eines Innungsmeisters gegen seinen Lehrling oder seinen Gesellen und umgekehrt wegen gewisser Gewerbeangelegenheiten die vorhergehende Entscheidung der Innung bezw. des Innungsschiedsgerichtes voraus; erst wenn diese Entscheidung vorliegt, kann die Angelegenheit (binnen 1 Monat) zur Entscheidung vor das ordentliche Gericht gebracht werden[2]. Solche Vorentscheidungen tragen jedoch bestimmte Merkmale an sich. Einmal nämlich verhalten sie sich über dieselbe Frage wie die Endentscheidung, woraus aber sofort ein Anderes folgt: sie tragen die Möglichkeit in sich, aus dem provisorium, in welchem sie sich zunächst bis zum Ablauf der regelmäßig für die Klage vor dem Gericht gegebenen Frist befinden, in das definitivum überzugehen. Ferner sind diese Vor-

---

[1]) § 30 des preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. IV. 1874 (G.-S. S. 221).

[2]) § 91b und 81a Ziff. 4 der Reichsgewerbeordn. v. 21. IV. 1869 (RGBl. S. 245) in der Fassung v. 26. VII. 1900 (RGBl. S. 871).

entscheidungen Voraussetzungen des Rechtsweges, sind also in jedem Falle erforderlich, schließlich sind sie für das ordentliche Gericht vollkommen unverbindlich und der Richter kann daher in jedem Falle zu einer abweichenden Entscheidung kommen.

Vergleichen wir hiermit die Vorentscheidung beim Konfliktsverfahren, so zeigen sich Unterschiede[1]). Einmal ist hier die Vorentscheidung nicht unerläßlich, wie in den genannten Fällen, sondern sie ist nur möglich, nämlich wenn der Konflikt vorschriftsmäßig (vgl. oben §§ 14, 15, 17 und 18) erhoben worden ist. Sodann verhält sich die Vorentscheidung nicht über die ganze Streitfrage, sondern nur über einen Incidentpunkt, nämlich über die öffentlich-rechtliche Frage der Amtsüberschreitung (vgl. oben § 23). Schließlich ist die Vorentscheidung hier für den Richter nicht schlechthin unverbindlich, wie in den vorgenannten Fällen (Näheres hierüber vergl. zu II). Jede Analogie mit den letzteren muß also abgelehnt werden.

2. Es gibt noch eine andere Art von Entscheidungen, die dem Endurteil vorausgehen können. Das sind die Entscheidungen von Präjudizialfragen. Als solche hat Prazak[2]) die Vorentscheidung im Falle des § 11 E.-G. z. GVG. aufgefaßt: er definiert die Präjudizialfrage als eine Frage, „deren Beantwortung bei Behandlung einer anderen, den Gegenstand des Streites bildenden Frage in der Weise bindet, daß die Lösung des Streites sich mit der Beantwortung der Präjudizialfrage nicht in Widerspruch setzen darf“[3]). Über den mit dieser Definition nicht zu vereinenden Wortlaut des § 3 Ges. v. 13. II. 1854, wonach die Feststellung einer Schuld des Beamten für die Entscheidung des Gerichtes nicht präjudizierlich ist, setzt sich Prazak mit der Bemerkung hinweg, es sei mit dem Wesen der Präjudizialfrage nicht unvereinbar, wenn das positive Recht für besonders wichtige Fälle — und ein solcher liege hier vor — Ausnahmen statuiere[4]). Diesen Er-

---

[1]) Ob Prazak (Archiv f. öffentl. Recht Bd. 4) dies erkennt, läßt sich nicht bestimmt sagen. Er stellt beide Arten von Vorentscheidung nebeneinander (S. 294 f.), ohne eines Unterschiedes Erwähnung zu tun.

[2]) vgl. die vorige Anmerkung.

[3]) S. 276.

[4]) S. 264 Anm. 106 und S. 293.

wägungen kann man jedoch keinesfalls folgen: sie zeugen von einer Verkennung des Wesens der Präjudizialfrage. Es unterliegt nämlich nach den überaus gründlichen, an der Hand der geschichtlichen Entwickelung angestellten Untersuchungen von Planck[1]) sowie nach den sich hierauf stützenden Ausführungen von Wetzell[2]) keinem Zweifel, daß unter „präiudicium“ niemals eine rechtskräftig bindende Entscheidung zu verstehen ist und daß darunter im römischen Rechte, auf welches der Begriff zurückgeht, wenn überhaupt, so nur fälschlich eine solche verstanden worden ist[3]). Unter praejudicia waren vielmehr Entscheidungen zu verstehen, denen sich der in einem späteren Prozeß urteilende Richter anzuschließen pflegte, ohne aber hierzu gezwungen zu sein: „es handelte sich mehr um den moralischen als den juristischen Einfluß“[4]). Daraus ergibt sich aber einmal, daß die Definition von Prazak unvollständig ist, und zum anderen, daß es sich bei Präjudizialfragen um die Reihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten handelte, keinesfalls um die Reihenfolge einzelner Streitfragen innerhalb desselben Prozesses[5]). Wenden wir dieses Ergebnis auf die Vorentscheidung beim Konfliktsverfahren an, so muß schlechterdings verneint werden, daß hier vom OVG. und vom ordentlichen Gericht etwa mehrere Rechtsstreitigkeiten entschieden würden und daß man darum mit Prazak von der Vorentscheidung des OVG. als von einem praeiudicium reden könnte. Vielmehr handelt es sich bei den beiden Entscheidungen um genau dieselbe Rechtsstreitigkeit, innerhalb deren jedoch insofern eine Teilung vorgenommen worden ist, als durch die Vorentscheidung die amtsrechtliche Frage, durch das Endurteil dagegen die privat- oder strafrechtliche Frage entschieden wird[6]). Danach kann man die Vorentscheidung auch mit den Entscheidungen von Präjudizialfragen nicht unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt betrachten.

---

[1]) Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844 §§ 56 ff.

[2]) System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878 § 64.

[3]) Planck a. a. O. S. 481.

[4]) Wetzell a. a. O. S. 863 ff.

[5]) Planck S. 498.

[6]) Darum ist der Bemerkung von Wach Handbuch des dtsch. Zivilpr.-Rechts. Leipzig 1885 Bd. 1 S. 113 zuzustimmen.

Nach dem Vorgesagten ist die Entschließung des OVG. ihrer Natur nach kaum mit einer der bestehenden Institutionen zusammenzustellen. Jeder Versuch eines Vergleichs mit ähnlichen Einrichtungen läßt das Einzigartige der Entschließung nur in schärferem Lichte erscheinen.

II. Wenn oben (I, 1) hinsichtlich der Tragweite der Entschließung des OVG. gesagt worden war, daß sie für den Richter nicht schlechthin unverbindlich sei, so bedarf dies noch näherer Erörterung:

1. Unverbindlich ist allerdings, wie die Natur der Sache ergibt, die Vorentscheidung des OVG. für den ordentlichen Richter dann, wenn der Konflikt wegen formaler Mängel für unstatthaft erklärt worden ist (§ 24, 1). Einer gesetzlichen Bestimmung für diesen Fall bedurfte es nicht: die Rechtslage ist vielmehr dieselbe, als wenn der Konflikt gar nicht erhoben worden wäre; der Richter ist nach keiner Seite hin gebunden.

2. Ist dagegen eine sachliche Beurteilung des Konfliktes seitens des OVG. erfolgt, so sind nach § 3 Ges. v. 13. II. 54 in Verbindung mit § 18 Ges. v. 8. IV. 47 zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Der Rechtsweg ist für zulässig erklärt, es ist also eine Überschreitung der Amtsbefugnisse und eine Schuld des Beamten festgestellt worden. In diesem Falle soll die Vorentscheidung für den Richter unverbindlich sein: sie „präjudiziert weder dem Beamten in seiner weiteren Verteidigung vor dem Gerichte, noch dem Gerichte in seiner rechtlichen Entscheidung der Sache“.

b) Der Rechtsweg ist für unzulässig erklärt, der Beamte ist also als unschuldig angesehen worden. An eine solche Vorentscheidung ist der Richter gebunden: das Gericht hat in diesem Falle „das Rechtsverfahren aufzuheben“.

Gegenüber diesem Wortlaut des Gesetzes finden sich irrige Ansichten bei Bettelheim[1]), welcher ohne Einschränkung die Vorentscheidung des OVG. als für den Richter maßgebend bezeichnet, und bei Meyer-Anschütz[2]), welche für sämtliche Staaten (Preußen, Bayern, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen und

---

[1]) In Grünhut's Zeitschrift Bd. 34 S. 3.
[2]) S. 683.

die beiden Mecklenburg), ohne einen Unterschied zu machen, die Vorentscheidung als für die materielle Entscheidung des Gerichtes nicht bindend erklären[1]). Beiden Ansichten ist eine Begründung nicht beigefügt, beide gehen aber nach dem Vorgesagten in einander entgegengesetzter Richtung zu weit. Die Rechtslage ist vielmehr folgende:

Hat das OVG. durch Vorentscheidung festgestellt, daß der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung seiner Amtspflichten schuldig gemacht habe, so kann der Beamte trotzdem noch vom ordentlichen Gericht freigesprochen bezw. kann die gegen ihn gerichtete Klage abgewiesen werden[2]). Die Vorentscheidung beseitigte also in diesem Falle lediglich ein dem Verfahren vor dem ordentlichen Gericht entgegenstehendes Hindernis[3]).

Ist dagegen die Vorentscheidung gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges ausgefallen, so ist dies für das ordentliche Gericht bindend, und eine weitere Verfolgung des Beamten vor Gericht wegen der Angelegenheit ist nicht mehr möglich. Diese Regelung entspricht ebenso wie die vorige dem Zwecke der Vorentscheidung, nämlich den Beamten vor unberechtigten Verfolgungen in Schutz zu nehmen. Erforderte aber dieser Zweck im vorigen Falle, daß die Vorentscheidung für das ordentliche Gericht nicht in Frage komme, so erfordert er hier, daß die Vorentscheidung wirklich praktische Bedeutung erlangt d. h. daß es nicht im Ermessen der Gerichte stehen darf, das Verfahren gegen den Beamten trotz

---

[1]) Diese Ansicht ist besonders auffällig gegenüber dem Wortlaut des Art. 165 Abs. 2 des bayerischen A.-G. z. BGB. v. 9. VI. 1899 (Beilage zum Gesetz- u. Verordn.-Bl. 1899 No. 28 S. 1—82), wo es ausdrücklich heißt: „Die Vorentscheidung ist für das Gericht bindend".

[2]) Dies erscheint besonders bemerkenswert für diejenigen Staaten, in denen das Reichsgericht nach § 11 E.-G. z. GVG. die Vorentscheidung zu treffen hat (Elsaß-Lothringen und Mecklenburg) und für die (vgl. unten § 34) dieselbe Tragweite der Entschließung des zur Vorentscheidung berufenen Gerichtes anzunehmen ist, wie in Preußen. In diesem Falle sind nämlich die ordentlichen Landesgerichte von Elsaß-Lothringen und Mecklenburg an die Entscheidung des höchsten ordentlichen Gerichtes in Deutschland nicht gebunden.

[3]) vgl. Friedrichs § 31 und O. Mayer, Verwaltungsrecht, 1895 Bd. 1 S. 224 f., 239 und 240.

der die Schuld desselben verneinenden Vorentscheidung des OVG. fortzusetzen [1]).

III. Das Gesagte gilt aber nur für das Verfahren gegen den Beamten, zu dessen Gunsten der Konflikt erhoben worden ist. Ist also der Beamte mit dritten Personen, sei es Beamten oder Privatpersonen, gemeinsam angeklagt oder verklagt worden, so äußert die die Schuld verneinende Vorentscheidung für diese keine Wirkung und sie können verurteilt werden. Selbst wenn sich dann bei der weiteren Verhandlung gegen diese dritten Personen durch Zeugenaussagen oder dergl. herausstellt, daß der Beamte, zu dessen Gunsten der Konflikt erhoben worden war, sich doch offenbar einer Amtsüberschreitung schuldig gemacht hat, so bleibt der Beamte, auch wenn das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist, nun durch die Vorentscheidung, daß er einer Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht schuldig sei, vor jeder Verantwortlichkeit bewahrt — eine nicht unbedenkliche Verschiedenheit in der Rechtslage.

Aus demselben Grunde, aus der Beschränkung der Zulässigkeit der Konfliktserhebung auf den Fall, daß der Beamte persönlich verklagt wird, ist die Konfliktserhebung dann nicht angängig, wenn der Beamte lediglich als gesetzlicher Vertreter einer Korporation verklagt wird. [2])

§ 26. 3) Weitere Behandlung vor dem ordentlichen Gericht nach Fällung der Vorentscheidung.

Welche Bedeutung die Vorentscheidung des OVG. für das gegen den Beamten anhängige Verfahren hat, ist oben (§ 25) bereits erörtert worden. Hier handelt es sich nur noch um die Frage der formellen Weiterbehandlung des Prozesses vor dem ordentlichen Gericht, nachdem die Akten vom OVG. dorthin zurückgelangt sind. Zunächst hat das Gericht die Pflicht, den Parteien das Erkenntnis des OVG. bekannt zu geben (§ 17 Ges.

[1]) Aus diesem Grunde stellt sich auch der Großh. Hessische VGH. in seiner Vorentscheidung v. 30. XII. 1891 (Ztschr. f. Staats- u. Gemeinde-Verw. im Großh. Hessen 16. Jahrg. S. 161) prinzipiell auf denselben Standpunkt wie das preußische Gesetz.

[2]) vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 25 S. 425.

v. 8. IV. 47). Weiterhin sind etwa durch die Erhebung des Konfliktes notwendig gewordene Prozeßhandlungen des Gerichtes, insbesondere ein Beschluß, durch den eine Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbarem Urteile einstweilen eingestellt worden war (vgl. oben S. 116), von Amtswegen wieder aufzuheben.

Im übrigen lassen sich für die Weiterbehandlung vor dem ordentlichen Gericht zwei Möglichkeiten unterscheiden:

I. Das OVG. ist zu einer sachlichen Prüfung des Konfliktes geschritten. Hier ist wieder ein doppeltes Ergebnis möglich:

1. Das OVG. hat festgestellt, daß der Beamte sich einer Überschreitung der Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Da hier der Richter nach keiner Seite hin gebunden ist (vgl. § 25 I, 2), so hat die Vorentscheidung die Wirkung, daß das Verfahren vor dem ordentlichen Gerichte weitergeht. Das letztere hat also einen Termin zur weiteren mündlichen Verhandlung bezw. zur Hauptverhandlung anzuberaumen. Wenn der Konflikt in einem Zivilprozeß erhoben worden war, so geschieht die Terminsanberaumung gemäß dem Grundsatze des Prozeßbetriebes durch die Parteien auf Antrag nebst Ladung einer der Parteien [1]). Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Zivilprozeß in der ersten Instanz [2]) oder in der Berufungsinstanz schwebte (vgl. §§ 129 ff. und 519 CPO.). Befand sich die Sache dagegen zur Zeit der Konfliktserhebung bereits in der Revisionsinstanz, so ist nach § 555 CPO. Termin von Amtswegen anzuberaumen [3]). Ebenso tritt das Erfordernis der Terminsanberaumung von Amtswegen ein, wenn der Konflikt in einem Strafprozeß erhoben wurde, sei es, daß öffentliche Klage oder Privatklage erhoben wurde (vgl. §§ 212 und 424 Str.-Pr.-O.) [4]). Die übrige Tätigkeit des ordentlichen Gerichtes in diesem Falle entspricht der sonst üblichen: es ist also die kriminelle Schuld bezw. das zivilrechtliche Verschulden des Beamten

[1]) vgl. Gaupp-Stein 8. u. 9. Aufl. Bd. 1, S. 411; Kleinfeller, Lehrbuch 1905, S. 185 f.

[2]) d. h. vor dem Landgericht (vgl. oben § 20).

[3]) vgl. jedoch bezügl. des Reichsgerichtes oben S. 94.

[4]) Das über die Terminsanberaumung Gesagte gilt auch für I, 2 a und I, 2 b dieses Paragraphen.

festzustellen sowie über Strafart und Strafmaß durch Endurteil zu entscheiden[1]).

2. Das OVG. hat festgestellt, daß der Beamte sich einer Überschreitung nicht schuldig gemacht habe, der Rechtsweg also nicht zulässig sei[2]). In diesem Falle hat das ordentliche Gericht, gleichgültig ob der Konflikt in einem Zivil- oder in einem Strafprozesse erhoben war, „das Rechtsverfahren aufzuheben" (§ 18 Ges. v. 8. IV .47). Diese lakonische Ausdrucksweise des Gesetzes zwingt uns, Stellung zu der Frage zu nehmen, wie sich eine solche „Aufhebung" prozessual darstellt, d. h. insbesondere ob mündliche Verhandlung erforderlich ist oder nicht und ob die Entscheidung in Gestalt eines Beschlusses oder eines Urteiles ergeht. Dabei erscheint eine getrennte Betrachtung von Zivil- und Strafprozeß angezeigt.

a) Das Zivilprozeßverfahren ist beherrscht von dem Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung (§ 128 CPO.). Die selbstverständliche Folge hiervon ist, daß wenn das Gesetz das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung nicht ausdrücklich ausschließt oder diese nicht in das Ermessen des Gerichtes stellt, jedenfalls für jede prozeßerledigende richterliche Entscheidung — eine solche ist in der endgültigen Aufhebung des Rechtsverfahrens zu sehen — die mündliche Verhandlung unbedingtes Erfordernis ist. Nun fällt aber die Tätigkeit des ordentlichen Gerichts bei Aufhebung des Rechtsverfahrens durch Entscheidung unter keinen der Fälle, in denen das Gesetz die mündliche Verhandlung für fakultativ oder für ausgeschlossen erklärt hat[3]). Die notwendige Folge davon ist, daß ebenso wie oben (I, 1) der Entscheidung, daß „das Rechtsverfahren aufgehoben werde", unbedingt eine mündliche Verhandlung vorausgehen muß[4]). Ist aber die mündliche Verhandlung obligatorisch und handelt es sich bei der zu fällenden Entscheidung nicht lediglich um eine prozeßleitende Anordnung und eine darauf bezügliche Entscheidung — auch diese

[1]) Für den Strafprozeß ist u. U. § 228 Str.-Pr.-O. von Bedeutung (vgl. dazu Bennecke-Beling, Lehrb. d. dtsch. Reichsstrafproz. 1900, S. 262).

[2]) Diese Entscheidung „hat die Wirkung einer Abweisung der Klage und ist der Rechtskraft fähig" (Friedrichs § 31).

[3]) Aufzählung dieser Fälle bei Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1, S. 350.

[4]) Das oben unter I, 1 über Terminsanberaumung Gesagte gilt auch hier.

Voraussetzung trifft hier zu —, so kann die Entscheidung nur in Form eines Urteiles ergehen, denn Urteile sind diejenigen Entscheidungen, die auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung ergehen und die Rechtsfolge prozessualer oder materiellrechtlicher Tatbestände aussprechen[1]). Im Zivilprozeß wird also das Rechtsverfahren auf Grund mündlicher Verhandlung durch Urteil aufgehoben, wenn die Vorentscheidung gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges gelautet hat.

b) Bei Betrachtung des Strafprozeßverfahrens muß daran erinnert werden, daß der Konflikt schon erhoben werden kann, sobald im Vorverfahren gegen den Beschuldigten irgendwelche Schritte unternommen worden sind (oben S. 99), also auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft noch mit der Sache befaßt ist, denn auch in diesem Falle ist eine „gerichtliche Verfolgung" im Sinne des § 1 Gesetzes vom 13. II. 54 gegen den Beamten „eingeleitet"[2]). Ziehen wir aber hierzu noch in Betracht, daß der Eröffnungsbeschluß des Gerichtes, welcher das nächste Ziel des Vorverfahrens bildet, die ganze Strafsache in ein neues Stadium versetzt, nämlich nunmehr das erkennende Gericht in Tätigkeit treten läßt[3]), so müssen wir notgedrungen 2 Fälle danach unterscheiden, ob der Konflikt vor oder nach Fassung des Eröffnungsbeschlusses erhoben worden ist:

α) Der Konflikt war erhoben worden, bevor der Eröffnungsbeschluß gefaßt (im Falle des § 211 Str.-Pr.-O.: bevor dem Angeklagten die Ladung zur Hauptverhandlung zugestellt[4])) worden war. Hierbei unterscheiden wir folgende Stadien:

αα) Die Sache war zur Zeit der Konfliktserhebung noch bei der Staatsanwaltschaft gewesen. In diesem Falle geschieht die „Aufhebung des Rechtsverfahrens" durch eine Verfügung des Ersten Staats- (oder Amts-) Anwaltes, der in

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein a. a. O., S. 350 u. 701; Kleinfeller S. 207; Struckmann-Koch 6. Aufl., S. 354 u. 390.

[2]) vgl. dazu Grundsätzliches oben S. 116.

[3]) vgl. Bennecke-Beling S. 491 f.; Birkmeyer, Dtsch. Strafprozr. 1898, S. 196; Rosenfeld, Reichsstrafproz. 1901, S. 325 f.; Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordn. 3. Aufl., S. 362 u. 387; Ullmann, Lehrb. d. dtsch. Strafprozr. 1893, S. 437.

[4]) vgl. Loewe-Hellweg, 12. Aufl. 1907, S. 553 und Stenglein S. 382. And. Mein. Bennecke-Beling S. 488.

sich die ganze Staatsanwaltschaft verkörpert und der also nach außen hin allein, als Einzelbeamter, seine Entschließungen faßt. Das Ermittelungsverfahren kann naturgemäß fortgesetzt werden, wenn der Beamte noch anderer strafbarer Handlungen beschuldigt ist.

ββ) Die Voruntersuchung war eingeleitet und der Konflikt in diesem Stadium erhoben worden. Es fragt sich, wer hier zur Aufhebung des Rechtsverfahrens berechtigt ist. Jedenfalls die Staatsanwaltschaft nicht, denn ihr steht nach Eröffnung der Voruntersuchung eine einseitige Verfügung über die Strafverfolgung nicht mehr zu, sondern das Gericht ist jetzt selbständig mit der Sache befaßt und der Untersuchungsrichter hat die Entscheidung des Gerichtes darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll oder nicht [1]. Ebensowenig wie die Staatsanwaltschaft kann der Untersuchungsrichter das Strafverfahren aufheben. Zwar weist ihm die Strafprozeßordnung die Stellung des Einzelrichters zu, der alle erforderlichen Entscheidungen selbständig fällt [2], und faßt ihn nicht etwa als Abgeordneten des Gerichtes auf, der in dessen Auftrag handelt, aber in einigen Fällen ist dem Untersuchungsrichter doch die Entscheidung genommen und dem Gericht zugewiesen worden, und zwar gerade, wenn, wie man allgemein sagen kann, es sich um Ablehnung oder Beendigung des Verfahrens handelt [3]. Ein solcher Fall liegt hier vor, wenn nach erfolgter Vorentscheidung das Verfahren aufzuheben ist. Man muß also zu dem Ergebnis kommen, daß nicht der Untersuchungsrichter, sondern das Gericht allein zur Aufhebung des Rechtsverfahrens befugt ist. Über die Art und Weise der Aufhebung siehe γγ.

γγ) Die Akten hatten sich bereits beim Gericht befunden, jedoch war der Eröffnungsbeschluß noch nicht gefaßt worden. Da das nicht erkennende Gericht lediglich auf eine beschließende Tätigkeit beschränkt ist [4], so kann in diesem Falle die Aufhebung des Rechtsverfahrens nur durch einen Beschluß, und zwar des Ge-

---

[1] vgl. Loewe-Hellweg, 12. Aufl., S. 473 und 502.

[2] vgl. Glaser, Hdbch. des Strafproz. 1885 Bd. 2, S. 395 und Ullmann S. 409.

[3] vgl. Loewe-Hellweg, 12. Aufl., S. 503 Note 3 c.

[4] vgl. Birkmeyer S. 197.

richts als Ganzen [1]), erfolgen. Handelt es sich um eine Schöffengerichtssache, so erfolgt die Aufhebung des Rechtsverfahrens, da das Schöffengericht als solches kein ständiges Gericht ist, gemäß § 30 Abs. 2 GVG. vom Amtsrichter allein, und zwar ebenfalls in Form eines Beschlusses, weil alle richterlichen Entscheidungen außer den Urteilen dann, wenn sie vom Gerichtskollegium ausgehen oder doch (im Falle der Zuständigkeit der Strafkammer) von demselben ausgehen würden, die Form des Beschlusses tragen [2]).

β) Der Konflikt war nach Eröffnung des Hauptverfahrens erhoben worden. Die Str.-Pr.-O. spricht sich nicht ausdrücklich darüber aus, ob notwendiger Weise eine Hauptverhandlung stattfinden muß, wenn der Eröffnungsbeschluß einmal gefaßt ist, und ob demgemäß die Endentscheidung des Gerichtes im vorliegenden Falle nur auf Grund stattgehabter Hauptverhandlung ergehen kann. Die Meinungen gehen demgemäß mannigfach auseinander: Loewe-Hellweg [3]) verneint die Notwendigkeit einer Hauptverhandlung und hält einen in beratender Sitzung zu erlassenden Beschluß für geboten, weil hier das der Strafklage entgegentretende Hindernis nicht nur die Verurteilung, sondern auch die fernere Strafverfolgung unzulässig mache. In allen anderen Fällen könne die das Hauptverfahren abschließende Entscheidung nur in einer Hauptverhandlung ergehen. Eine solche Scheidung ist aber ohne ersichtlichen Grund, wie die Verfasser auch durch die Worte „erscheint geboten" zugeben. Zutreffender erscheinen dagegen die Erwägungen von Bennecke-Beling [4]) und Glaser [5]), denen in gleicher Weise der Gedanke zu Grunde liegt, daß, wann das Prozeßverhältnis erst gültig durch das Eröffnungsstadium hindurchgeführt sei, eine prozeßerledigende Entscheidung nur in einer Hauptverhandlung gefällt werden könne. Nur wenn eine Hauptverhandlung wirklich unmöglich sei, müsse und könne sie unterbleiben; es könne der Eröffnungsbeschluß nicht zurückgenommen werden und es müsse darum eine Hauptverhandlung stattfinden, sobald ihre Zulässigkeit

[1]) vgl. Bennecke-Beling S. 487 f. u. 419.

[2]) vgl. Birkmeyer S. 469.

[3]) 12. Aufl. Berlin 1907. S. 554.

[4]) S. 517—519.

[5]) Handbuch des Strafprozesses 1885. Bd. 2. S. 449 ff.

zweifelhaft sei. Wir stellen uns grundsätzlich auf letzteren Standpunkt und sehen es besonders im vorliegendem Falle als eine Forderung der Gerechtigkeit an, daß nicht nur die Schuld, sondern auch die Unschuld in öffentlicher Hauptverhandlung[1]) ausgesprochen werde. Denn was sagt dem Angeklagten der papierene Beschluß, der ihm nach beratender Sitzung zugefertigt wird, im Gegensatz zu der öffentlichen Rechtfertigung, die ihm dadurch zuteil wird, daß das Gericht die Aufhebung des Rechtsverfahrens gegen ihn öffentlich verkündet! Der Zweck des Konfliktes war (S. 45 und 52) der, den Beamten gegen vexatorische Angriffe zu schützen. Stellen sich die Gerichte auf den soeben vertretenen Standpunkt, so kommen sie außerdem diesem Zwecke der Konfliktserhebung am nächsten. Denn wenn ein Beamter willkürlich verklagt oder angezeigt wird und es stellt sich seine Nichtschuld heraus, so wird ihm ein besonders wirksamer, weil nach außen hin sichtbarer Schutz in einer Hauptverhandlung, in der dann bei Verkündung der Gründe hervorzuheben ist, daß die Angriffe vexatorischer Natur waren, zuteil. Auch mit diesem Zwecke der Konfliktserhebung dürfte sich die Ansicht von Loewe-Hellweg nicht vereinen lassen. — Halten wir aber zur Erledigung des Prozesses eine Hauptverhandlung für erforderlich, so kann die darin ergehende Sachentscheidung[2]) nur in Form eines Urteiles ergehen[3]).

Im Civil- wie im Strafprozeß (es sei denn, daß z. Z. der Konfliktserhebung das Hauptverfahren noch nicht eröffnet war) hat also das ordentliche Gericht die Aufhebung des Rechtsverfahrens in öffentlicher Verhandlung durch Urteil auszusprechen.

II. Das Gesetz sagt zwar nichts darüber, wie sich das Verfahren vor dem ordentlichen Gerichte gestaltet, wenn das O. V. G. eine sachliche Prüfung des Konfliktes garnicht vorgenommen, denselben vielmehr schon in der Gestalt, in der er erhoben worden war, für unzulässig erachtet hat (oben § 24 I.) Da

[1]) Auf die Terminsanberaumung findet das oben I1 Gesagte Anwendung.

[2]) Um eine solche handelt es sich, da der Strafanspruch geprüft ist.

[3]) vgl. Bennecke-Beling S. 419 und 534, ferner (Folgerung e contrario) Keller Strafprozeßordnung. Lahr 1882 S. 316; ebenso Birkmeyer S. 469 u. 662 f.; Rosenfeld S. 163 und Stenglein S. 447 f.

jedoch hier durch die Vorentscheidung für eine uneingeschränkte Beurteilung durch das Gericht freie Bahn geschaffen wird, so werden hier die unter I1 entwickelten Regeln Anwendung finden müssen.

---

2. Kapitel.

Besondere Beamtenkategorien.

Es haben sich (vgl. auch § 14 VIII) hinsichtlich der Behandlung des Konfliktes bei einzelnen Beamtengruppen in der Praxis wie in der Theorie, soweit diese die Praxis überhaupt beachtet hat, Zweifel ergeben, die es zweckmäßig erscheinen lassen, diesen Gruppen eine ausführlichere Darlegung zu widmen. Aus dem Anlasse für diese gesonderte Behandlung ergibt sich aber zugleich, daß die Fragen im engen Anschlusse an Iudikatur und Literatur erörtert werden und daß eine abgerundete Darstellung nicht beabsichtigt ist.

Eine Beamtengruppe wird vielleicht bei dieser Zusammenstellung vermißt werden, nämlich die Lehrer. Gerade ihrethalben wird, wie bereits oben S. 76 erwähnt, häufig der Konflikt erhoben [1] [2]. Bei ihnen sind jedoch Zweifel über die Zulässigkeit oder die Behandlung des Konfliktes nicht aufzuwerfen und deshalb bedarf es hier keiner besonderen Betrachtung dieser Beamtenkategorie.

§ 27. Staatsminister.

I. Bisher ist man in der Literatur fast einstimmig der Ansicht gewesen, daß der Konflikt zu Gunsten von Ministern

[1] In welchem Umfange, zeigt die Rechtsprechung des K. G. H. (veröffentlicht im Just.-Min.-Bl.) und des O. V. G. (veröffentlicht in den Entsch. d. O. V. G.). Besonders interessante Fragen finden sich im Centralblatt für die gesamte Unterrichtsverwaltung von 1870 S. 6; 1873 S. 358; 1880 S. 749; 1887 S. 679; 1888 S. 422; 1889 S. 265; 1894 S. 376; 1899 S. 507 u. 670; 1900 S. 231 und 1902 S. 358.

[2] Es handelt sich meist um angebliche Überschreitung des Züchtigungsrechts; nicht nur Überschreitung gesetzlicher Schranken, sondern auch Überschreitung von Verordnungen, welche von den zuständigen Behörden hinsichtlich der Grenzen des Züchtigungsrechts erlassen sind, ist eine Amtsüberschreitung. (Entsch. d. O. V. G. Bd. 8 S. 417; Bd. 15 S. 444, 453; Bd. 16 S. 408, 412; Bd. 19 S. 445 und Preuss. Verwalt. Bl. 12 S. 617).

nicht erhoben werden könne, da es eine diesen Beamten vorgesetzte Provinzial- oder Centralbehörde nicht gebe[1]). Teilweise wird auch auf das französische Vorbild hingewiesen[2]): nach Art. 75 der Konsularkonstitution vom 22. frim. VIII (siehe oben S. 22) war nämlich für die Verfolgung der Minister in Frankreich die décision du conseil d'état ebenfalls nicht vorgesehen.

In jüngster Zeit hat sich jedoch das preussische O. V. G. in seinem Erkenntnis vom 30. Mai 1905 auf den Standpunkt gestellt, daß ein Staatsminister in seiner Eigenschaft als Ressortchef zu eigenen Gunsten den Konflikt gemäß dem Ges. v. 13. II. 54 zu erheben befugt sei[3]). Gegen dieses Urteil hat Jastrow Stellung genommen; er erklärt, dasselbe sei rechtsirrtümlich, da Fragen übergangen seien, die zur Erwägung hätten gezogen werden müssen[4]). Ihm ist wieder Delius entgegengetreten, der dem Urteil des O. V. G. beipflichtet[5]).

Das O. V. G. hat sich bei seinen Ausführungen hauptsächlich auf die Motive des Konfliktsgesetzes bezogen: es folgert aus diesen zutreffender Weise, daß bei den Beratungen der 1. und 2. Kammer nicht beabsichtigt gewesen sei, die gerichtliche Verfolgung der Staatsminister uneingeschränkt zu gestatten. Es weist auch nach, daß sich die Fassung des Gesetzes mit einer solchen Absicht nicht vertragen würde[1]). Jastrow's Hauptbedenken gegen dieses Urteil besteht darin, daß die reichsgesetzliche Bestimmung des § 11 E.-G. z. G. V. G. vom O. V. G. nicht genügend beachtet

[1]) vgl. Arndt Verf.-Urk. 5. Aufl. S. 177 und 6. Aufl. S. 238: Oppenhoff S. 400 Anm. 17; v. Roenne-Zorn 5. Aufl. S. 588 und Schwartz S. 282. And. Mein. ist Bornhak Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 144. Keine Stellungnahme zu dieser speziellen Frage findet sich in den Artikeln über „Staatsminister" bezw. „Staatsministerium" bei Brie in v. Stengel's Wörterbuch des Verwaltungsrechts und bei Rintelen in Bachem's Staatslexikon.

[2]) Nadbyl S. 824.

[3]) vgl. Entsch. d. O. V. G. Bd. 47 S. 436 ff. und Auszug in der Deutschen Juristen-Zeitung 1906 Sp. 150. Dieselbe Rechtsauffassung vertritt für Baden der badische V. G. H. (vgl. Ztschr. f. bad. Verw. u. Verw.-Rechtspfl. 35. Jahrg. S. 34), der die Vorentscheidung zu Gunsten eines Ministers zuläßt, trotzdem in Baden nach Art. 5 des Gesetzes v. 17. VI. 1899 das vorgesetzte Ministerium die Vorentscheidung verlangen muß (vgl. unten § 32, IV).

[4]) Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 145 ff.

[5]) Preuß. Verwaltungsblatt Jahrg. 27 S. 407 ff.

sei. Dieser Paragraph verbiete die Konfliktserhebung durch den verklagten Minister selbst. Nebenbei aber seien die Materialien des preußischen Gesetzes für dessen Auslegung in einem Umfang verwertet, wie er nicht statthaft sei: insofern will allerdings Jastrow „nicht mit dem in Frage stehenden Urteil rechten.“ Schließlich weist er (S. 150 ff.) noch daraufhin, daß es auch sachlich höchst bedenklich ist und die Gerechtigkeit verletzen muß, wenn ein Beamter zu seinen eigenen Gunsten den Konflikt erhebt.

Nur den letzteren Ausführungen Jastrow's ist zuzustimmen, da die hier in Betracht kommenden Ausführungen des O. V. G. unzutreffend erscheinen. Die Möglichkeit ist allerdings vorhanden, daß ein Staatsminister, wenn er den Konflikt zu seinen eigenen Gunsten erhebt, das Verfahren hinzieht und dadurch unter Umständen eine Vereitelung des gegnerischen Rechts erzielt, wie Jastrow ausführt. Es ist auch anzuerkennen, daß nur eine Regelung der Art, daß der Staatsminister gezwungen sein muß, zunächst eine dritte, unbeteiligte Stelle von seiner Unschuld zu überzeugen, eine Sicherheit gegen das Unternehmen einer frivolen Hemmung des Rechtswegs zu Gunsten der eigenen Sache bietet. Diese Erwägungen werden auch nicht entkräftet durch die von Delius ausgesprochene Überzeugung, daß Minister in Preußen nur erprobte Männer werden, denen eine Pflichtwidrigkeit nicht zuzutrauen ist, und daß Minister von der Art, wie sie Jastrow für möglich hält, keinen Tag im Amt bleiben würden: die Möglichkeit, daß die gehegten Befürchtungen einmal eintreten, kann dadurch nicht weggeleugnet werden.

Im übrigen aber kann Jastrow nicht zugestimmt werden. Er meint, § 11[2] a. a. O. habe nur 2 Fälle im Auge, die Bindung an die Vorentscheidung im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde und die unbedingte Bindung.

---

[1]) Arndt Verf.-Urkunde 6. Aufl. S. 322 sieht in der Entscheidung des O. V. G. eine „willkürliche Ergänzung des Ges. v. 13. II. 54.“ (Ebenso S. 239.) Er meint, der Konflikt zu Gunsten von Ministern sei nicht gegeben. Dies kann er aber schwerlich mit den darauf folgenden Worten begründen wollen: „Die fr. Klage wäre auch von dem ordentlichen Gerichte wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und als materiell unbegründet zurückgewiesen. Dazu brauchte man aber weder die Vorentscheidung des O. V. G. noch die willkürliche Ergänzung des Ges. v. 13. II. 54.“

Da keines von beiden vorliege, wenn der Staatsminister zu eigenen Gunsten den Konflikt erhebe, so sei der Minister von dieser Wohltat ausgeschlossen. Die Bestimmung des Abs. 2 des § 11 legt Jastrow so aus: „Abs. 2 macht eine Ausnahme zu Gunsten solcher Bestimmungen, welche dem Inhalt des Abs. 2 entsprechen.“ Dies ist richtig, aber auf der anderen Seite hält Abs. 2 diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, welche die Vorentscheidung einer besonderen Behörde im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt fordern, nur sollen diese Vorschriften gewissen Modifikationen unterworfen sein. Unter die Vorschriften der erstgenannten Art fallen die des preuß. Konfliktgesetzes: dieses Gesetz wird also durch Abs. 2 des § 11 aufrecht erhalten. Sowohl das preuß. Gesetz als auch die reichsgesetzliche Bestimmung des § 11 sprechen von der „vorgesetzten Behörde:“ warum nun Jastrow das Gewicht darauf legt, daß das von ihm beanstandete Urteil des O. V. G. mit dem Reichsrecht collidiert, während er ja anscheinend nur behaupten will, daß keine vorgesetzte Behörde beim Minister vorhanden ist, daher also im vorliegenden Falle weder die eine noch die andere Alternative des § 11, 2 erfüllt wird, erscheint nicht recht erklärlich. Damit, daß das O. V. G. in seinem Urteil nachweist, daß die Erhebung des Konfliktes seitens des Ministers zu eigenen Gunsten dem Willen des preuß. Gesetzes nicht widerspricht, ist auch nachgewiesen, daß dieselbe ebenfalls dem Reichsrechte nicht widerspricht, denn die durch das Reichsrecht getroffenen Änderungen des Ges. v. 13. II. 54 beziehen sich lediglich auf die in Absatz 2 Ziffer 1 und 2 genannten Punkte. M. E. hätte darum Jastrow nur da einsetzen dürfen, wo sich das Urteil des O. V. G. bewegt: innerhalb der Vorschriften des preuß. Gesetzes v. 13. Febr. 1854. Hier aber begnügt er sich mit der Bemerkung, daß die Materialien des Gesetzes vom O. V. G. zur Auslegung in einem Umfang verwertet seien, der nicht statthaft erscheine. Dies nachzuweisen, will Jastrow jedoch nicht unternehmen. Darum genügt es auch, wenn hier nur kurz bemerkt wird, daß nach unserer Ansicht die Materialien vom O. V. G. durchaus sachgemäß verwandt worden sind[1]) und daß darum das beanstandete Urteil formell zurecht

[1]) vgl. z. B. Endemann Lehrbuch des B. G. B. 9. Auflage Bd. I. S. 50 f. und ferner Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 9 S. 404, Bd. 16 S. 298, Bd. 20 S. 22 und Bd. 57 S. 316.

ergangen ist, während allerdings, wie bereits erwähnt, sachlich die Bedenken Jastrow's geteilt werden müssen. Weder bei der Beratung des preuß. Ges. v. 13. II. 54 noch bei der Beratung des § 11 E.-G. z. G. V. G.[1]) ist betont worden, daß es darauf ankomme, daß der Konflikt in jedem Falle von einer vorgesetzten Behörde erhoben werde. Immer ist vielmehr betont worden, daß der Konflikt dazu da sein solle, die Beamten — ganz allgemein — vor vexatorischen Klagen zu schützen: hätten die Minister hiervon ausgenommen werden sollen, so hätte dies ausdrücklich gesagt werden müssen. Aber nicht im Interesse der einzelnen Beamten als Personen, sondern im Interesse des Amtes wird der Konflikt erhoben, wie das O. V. G. des öfteren auszuführen Gelegenheit gehabt hat[2]); wenn derselbe im Interesse des höchsten Amtes nicht hätte erhoben werden sollen, so wäre dies zweifellos bei den Beratungen zur Sprache gekommen. M. E. muß darum den Erwägungen des O. V. G. beigetreten werden. Zu demselben Resultat kommt auch Delius.

II. Das bereits erwähnte Urteil des O. V. G. vom 30. V. 1905 hat sich nun noch besonders mit der Frage beschäftigt[3]), ob der Konflikt zu Gunsten des Justizministers zulässig oder ob letzterer zu den in § 7 No. 2 des Konfliktsgesetzes genannten „anderen Justizbeamten“ zu zählen sei, welche von der Wohltat der Konfliktserhebung ausgeschlossen sind. Es kommt dabei zu dem Ergebnis, daß auch der Konflikt speziell zu Gunsten des Justizministers zulässig ist. Das O. V. G. weist einmal darauf hin, daß der Bericht der Kommission der 1. Kammer für Rechtspflege[4]) bei der Vorberatung des Konfliktsgesetzes sich folgendermaßen äußerte:

> „Der § 7 schließt von dem Gesetze die richterlichen Beamten sowie die übrigen (Subaltern-) Beamten der Justizverwaltung aus . . .“

Ferner beruft sich das O. V. G. darauf, daß das Konfliktsgesetz dazu bestimmt war, Konflikte zwischen „Justiz“ und „Verwaltung“

---

[1]) Hier kommt nur Hahn, Materialien z. G. V. G. S. 1622—1641 in Betracht.

[2]) vgl. oben S. 76 Anm. 1.

[3]) Entsch. d. O. V. G. Bd. 47 S. 445-447.

[4]) vgl. Drucksachen der 1. Kammer 1852/53 Bd. 5 No. 349.

zu vermeiden; da aber solche Konflikte nicht entstehen könnten wenn die Gerichte darüber urteilten, ob Justizbeamte sich einer Überschreitung ihrer Befugnisse schuldig gemacht hätten, so sei anzunehmen, daß § 7 No. 2 des Konfliktsgesetzes unter „Justizbeamten“ nur die nichtrichterlichen Beamten der Gerichte verstehen wolle. Zu diesen sei aber der Justizminister nicht zu rechnen [1]). Schließlich sei der Justizminister ja auch die Spitze der Staatsanwaltschaft, deren Beamte dem Konfliktsgesetz unterständen; es sei unlogisch, wenn man seine Rechtsstellung derartig teilen wolle, daß der Konflikt zu seinen Gunsten als Vorgesetztem der Staatsanwaltschaft zulässig sein solle, als Vorgesetztem der Gerichte dagegen nicht. Jastrow hat sich in seiner Abhandlung nicht weiter auf eine Besprechung der einzelnen Gründe eingelassen, meint vielmehr [2]), daß, wenn man die Erhebung des Konfliktes zu Gunsten der Staatsminister überhaupt aus § 1 des Konfliktsgesetzes verneine, wie er, man sie auch zu Gunsten des Justizministers verneinen müsse [3]). Delius [4]) dagegen kommt zu demselben Resultat wie das O. V. G., indem er hervorhebt, daß es auffällig sein würde, wenn man dem Justizminister eine exceptionelle Stellung unter den übrigen Ministern hätte einräumen wollen (zu deren Gunsten ja auch nach seiner Ansicht der Konflikt erhoben werden kann), sodann aber gehöre der Justizminister nicht zu den richterlichen Beamten, sondern sei ausschließlich Verwaltungsbeamter. Delius

---

[1]) Arndt Verf.-Urk. 6. Aufl. 1907 S. 321 stimmt dem zu. Im übrigen aber verneint er die Zulässigkeit des Konfliktes zu Gunsten des Justizministers lediglich mit folgenden Worten (S. 239): „Da auch der Reichskanzler und die Reichsstaatssekretäre sich ohne solches Verfahren behelfen müssen und können, sollte solches auch dem preußischen Justizminister möglich ... sein.“

[2]) Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 152 f. Im Verw.-Archiv Bd. 4 S. 362 Anm. 1 rechnet Jastrow den Justizminister zu den Justizbeamten und verneint darum die Zulässigkeit des Konfliktes.

[3]) Schließlich rügt er noch den Ausdruck des O.V.G., daß unter den Justizbeamten des § 7 No. 2 nur „die nicht richterlichen Beamten der Gerichte“ zu verstehen seien, denn dann müsse auch der Konflikt zu Gunsten von Notaren zulässig sein (vgl. Jastrow Verw.-Archiv Bd. 14 S. 146 Anm. 2) (darüber oben § 14.) Delius setzt darum zutreffender Weise an Stelle der Worte des O. V. G. die schärfere Ausdrucksweise „die bei den Gerichten angestellten oder gerichtliche Geschäfte vornehmenden Beamten“ (Preuß. Verw. Bl. S. 408.)

[4]) Preuss. Verw. Bl. S. 408.

wendet sich jedoch gegen die Erwägung des O. V. G., daß eine Trennung der verschiedenen Funktionen des Justizministers nicht möglich sei, indem er darauf verweist, daß der Amtsrichter als Grundbuchrichter nach § 12 Grundbuchordnung von der primären Haftung für Versehen befreit sei, daß er dagegen primär hafte, wenn er als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Akt für das Grundbuch aufnehme. M. E. muß man der Ansicht von Delius beistimmen, sodaß man prinzipiell behaupten kann: es ist möglich, daß der Konflikt zu Gunsten desselben Beamten erhoben werden kann oder nicht, je nachdem er in verschiedener Eigenschaft tätig gewesen ist[1] (Anwendung vgl. III).

Von besonders weittragender Bedeutung ist die Frage allerdings nicht, ob das O. V. G. oder Delius richtig deduziert haben, denn beide haben zur Genüge anderes Material beigebracht, welches überzeugt, daß auch zu Gunsten des Justizministers von diesem selbst der Konflikt erhoben werden kann.

III. Bezüglich der Zulässigkeit der Konfliktserhebung nimmt der Kriegsminister im Verhältnis zu den andern Ministern eine Ausnahmestellung ein, und zwar, seitdem durch die Reichsverfassung die Stellung des Kriegsministeriums in Preußen eine Änderung bezw. Erweiterung erfahren hat. Seitdem vereinigt nämlich der Kriegsminister in sich zwei Funktionen, die eines preußischen und die eines Reichsbeamten.[2] Arndt[3] meint, daß zweifellos das Konfliktsverfahren nicht zu Gunsten des Kriegsministers zulässig sei, da dieser (wenn auch nur mittelbarer) Reichsbeamter und also dem Reichsbeamtengesetz unterworfen sei, welches in § 154 das Konfliktsverfahren nicht zulasse. An einer anderen Stelle[4] sagt er, die Heeresverwaltung sei „dem Subjekt, der Hoheit, nach Landesverwaltung, dem Objekt nach Reichsverwaltung.“ Diesen Feststellungen ist jedoch nicht in allen Punkten beizupflichten, wie eingehender begründet werden soll.

---

[1] Diese Trennung auch anerkannt in den Urt. des bayr. V. G. H. v. 11. V. 1904 und 15. III. 1905 (Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Bayr. V. G. H. Bd. 25 S. 326 ff. und Bd. 26 S. 253 ff.).

[2] Eine eingehende Betrachtung dieser Doppellstellung vom militärpolitischen Standpunkt aus gibt General der Infanterie v. Blume in den „Militärpolitischen Aufsätzen“ Berlin 1906 S. 151 ff.

[3] Verfassungsurkunde. 6. Aufl. 1907 S. 239.

[4] S. 230.

Der Kriegsminister wird, wie alle anderen preußischen Minister, vom König von Preußen ernannt: insofern ist er zweifellos preußischer (und zwar unmittelbarer) Landesbeamter und insofern ist er dem König von Preußen und dem preußischen Landtag verantwortlich.[1] Er steht an der Spitze der Heeresverwaltung in Preußen. Das Heer ist aber, wie insbesondere aus der Fassung der Art. 62 und 67 der Reichsverfassung hervorgeht, nebst den dazu erforderlichen Institutionen Machtmittel des deutschen Reiches, indem dieses die Heereskosten trägt. Daher verwaltet also der preußische Kriegsminister, als an der Spitze der Heeresverwaltung in Preußen stehend, im Verein mit dem sächsischen und württembergischen Kriegsminister als an der Spitze der Heeresverwaltung der noch in Betracht kommenden Einzelstaaten stehend (Bayern soll hier wegen seiner besonderen Stellung ausscheiden), das Heer auf Kosten des Reiches. Sie berechtigen und verpflichten durch ihre Handlungen das Reich[2] und vertreten den Reichsmilitärfiskus — denn nur einen solchen gibt es — sowohl beim Abschluß von Rechtsgeschäften als auch im Prozeß.[3] Darauf folgt aber, daß der preußische Kriegsminister auch Reichsbeamter ist. Dies beweisen die beiden Verordnungen über die Zuständigkeit der Reichsbehörden zur Ausführung des Reichsbeamtengesetzes vom 23. XI. 1874[4] und 27. XII. 1899[5], welche das preußische, sächsische und württembergische Kriegsministerium als oberste Reichsbehörden aufführen. Insofern hat also Arndt Recht, wenn er den Kriegsminister als mittelbaren Reichsbeamten bezeichnet und die Heeresverwaltung als „dem Objekt nach Reichsverwaltung“ nennt.

Die Tätigkeit des preußischen Kriegsministers ist nun eine außerordentlich ausgedehnte, da von dem preußischen Kriegsministerium die Mobilmachungs,- Dislokations,- Organisations- und Inspektionsangelegenheiten bearbeitet, die Personalangelegen-

---

[1]) vgl. Wiechert Staatsrechtliches Verhältnis des preußischen Kriegsministers zum Reichskanzler. Leipziger Inauguraldissertation. Borna-Leipzig 1903 S. 12.

[2]) vgl. Wiechert S. 17.

[3]) vgl. Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 20 S. 152 f.

[4]) R. G. Bl. 1874 S. 135.

[5]) R. G. Bl. 1899 S. 730.

heiten der Offiziere des Reiches geregelt werden und von ihm auch sämmtliche Militärbildungs- und Lehrinstitute, Prüfungskommissionen aller Art, Feldzeugmeisterei, Militärreitinstitut u. s. w.[1]) ressortieren. Alles dies sind Angelegenheiten, die nicht auf Rechnung Preußens, sondern auf Rechnung des Reiches verwaltet werden, wie bisher richtig erkannt worden ist.[2]) Bei Verwaltung dieser Angelegenheiten kann also der Kriegsminister nur als Reichsbeamter tätig werden.[3]) Nicht ist jedoch, soweit ersichtlich, bisher darauf hingewiesen worden, daß dem Kriegsminister noch zwei Institute unterstehen, die mit der wirklichen Heeresverwaltung nichts zu tun haben und die ihn nur in seiner Eigenschaft als preußischen Beamten angehen. Das ist die Verwaltung des Zeughauses in Berlin und ferner die preußische Landgendarmerie. Erstere ressortiert vom Allgemeinen Kriegsdepartement des Kriegsministeriums[4]), letztere ist durch die Verordng. vom 30. Dezbr. 1820[5]) „in Rücksicht auf Oekonomie, Disciplin und übrige innere Verwaltung" (Näheres § 29 der Abhandlung) dem Kriegsministerium untergeordnet worden. Beides sind lediglich preußische Institutionen, die mit der Verwaltung des Reichsheeres keineswegs im Zusammenhang stehen und deren Kosten vom preußischen Staat getragen werden[6]). Wenn der Kriegsminister also in Ansehung dieser Institute Verfügungen trifft und Verordnungen erläßt, so berechtigt und verpflichtet er lediglich den preußischen Staat, er handelt also in seiner Eigenschaft als preußischer Landesbeamter. Macht er sich dabei einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig (über-

---

[1]) Näheres vgl. v. Kirchenheim im Wörterbuch des Verwaltungsrechts 876 („Kriegsministerium") und Rangliste der Kgl. Preuß. Armee u. des 13. Armeekorps für 1906 S. 8—14.

[2]) z. B. Wiechert S. 20—22.

[3]) v. Blume stellt S. 164 fest, daß das preuß. Kriegsministerium tatsächlich unter allseitiger Zustimmung die Aufgaben eines Reichskriegsministeriums erfüllt.

[4]) vgl. Rangliste 1906 S. 11.

[5]) G.-S. 1821 S. 1.

[6]) vgl. G.-S. 1906 S. 72 Kapitel 94 und S. 75 Kapitel 127. Daß die Ausgaben für die Landgendarmie unter den Ausgaben des Ministeriums des Inneren aufgeführt werden, hängt mit der eigentümlichen Stellung der Landgendarmerie zusammen, die zwar militärisch organisiert, aber in erster Linie polizeiliches Vollzugsorgan ist (vgl. Näheres § 29.)

sieht er z. B. wissentlich ihm zu Ohren gekommene Unregelmäßigkeiten in der Dienstführung der Gendarmeriebeamten) und wird er darum in irgend einer Hinsicht gerichtlich in Anspruch genommen, so kann er, weil es sich um die Amtsüberschreitung eines preußischen Beamten handelt, zu seinen eigenen Gunsten den Konflikt erheben, über den dann das OVG. entscheidet (vgl. oben I u. II).

Das Ergebnis ist also, daß entsprechend der Doppelstellung des Kriegsministers als preußischen Beamten und als Reichsbeamten der Konflikt erhoben werden kann, wenn der Kriegsminister in erstgenannter Eigenschaft sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat, dagegen nicht, wenn er dies in seiner Eigenschaft als Reichsbeamter getan hat. Insofern ist die oben erwähnte Bemerkung von Arndt über die Unzulässigkeit des Konfliktsverfahrens zu Gunsten des Kriegsministers nicht erschöpfend.

§ 28. **Militärpersonen.**

I. Eine besondere Regelung ist weiterhin der Erhebung des Konfliktes durch § 6 des Ges. v. 13. II. 54 zuteil geworden, wenn Personen des Soldatenstandes wegen Handlungen, die von ihnen bei Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihrer Dienstverrichtungen vorgenommen sind, oder wegen Unterlassung ihrer Dienstverrichtungen bei anderen als Militärgerichten belangt werden[1]. In diesem Falle soll das Recht zur Konfliktserhebung dem vorgesetzten Divisionskommandeur oder kommandierenden General zustehen. An Stelle des K. G. H. ist das Militärjustizdepartement eingesetzt, welches[2] aus dem Kriegsminister und dem Justizminister besteht[3]. Die Feststellung kann jedoch von den beiden letzteren nicht allein getroffen werden, vielmehr wird das Militärjustizdepartement zu diesem Zwecke

[1]) Dies kommt bei den bürgerlichen Civilgerichten vor, aber auch, wennschon selten, bei den bürgerlichen Strafgerichten (vgl. §§ 2—4 der Militärstrafgerichtsordng. v. 1. XII. 98).

[2]) Seit einem Patent vom 23. X. 1798 an Stelle des Großkanzlers und des Chefs des Militärdepartements.

[3]) Vgl. Bornhak Geschichte des preuß. Verw.-Rechtes Bd. 3 S. 119 und Bornhak Staatsrecht Bd. 3 S. 57

durch Abkommandierung dreier höherer Offiziere verstärkt, welche vom König auf je drei Jahre von Oktober zu Oktober zur Mitwirkung ernannt werden. Die Ernennung wird im Justiz-Ministerial-Blatt, nicht auch im Armeeverordnungsblatt, bekannt gegeben. Gewöhnlich hat der eine der drei mitwirkenden Offiziere den Rang eines Generalleutnants, die beiden anderen den eines Generalmajors. Auch pflegt für den Fall der Verhinderung eines der Mitwirkenden noch ein Stellvertreter in der Person eines Generalmajors ernannt zu werden. Die Vorentscheidung des verstärkten Militärjustizdepartements hat auf den schriftlichen Vortrag zweier rechtsverständiger Referenten zu erfolgen[1]), von denen der eine vom Justizminister, der andere vom Kriegsminister ernannt wird.

Diese besondere Regelung für Militärpersonen ist rein preußischrechtlichen Ursprunges und kann jedenfalls auf einen Einfluß der französischen Gesetzgebung nicht zurückgeführt werden. Vielmehr läßt die allgemeine Fassung des Art. 75 der Konsularkonstitution vom 22. frimaire VIII (vgl. oben S. 22) darauf schließen, daß die Bestimmungen desselben in Frankreich auch auf Militärpersonen Anwendung finden sollten[2]). Der Grund für die Übertragung des Rechtes zur Erhebung des Konfliktes auf den Divisionskommandeur und den kommandierenden General ist, abgesehen davon, daß sie (wenigstens der Korpskommandeur) eine den Provinzialbehörden analoge Stellung einnehmen, in deren Vorgesetztenverhältnis gegenüber der Militärperson zu suchen[3]), der Grund für die Übertragung der Vorentscheidung auf das verstärkte Militärjustizdepartement

---

[1]) Die Klagenden sollen dadurch, weil sonst das juristische Element zu wenig vertreten wäre und die Interessen etwa beteiligter Civilpersonen mit Rücksicht darauf, daß es sich hier fast nur um Civilansprüche handelt, sonst nicht im richtigen Verhältnis gewahrt sein würden, „eine erhöhte Sicherheit erhalten, daß die Sachlage richtig vorgetragen und daß der Rechtspunkt, da beide Referenten Rechtsverständige sein sollen, schon von vornherein scharf ins Auge gefaßt wird." (vgl. Stenogr. Berichte der Beratungen der 1. Kammer 1853/54 Bd. 3 S. 50 und Bericht der Justiz-Kommission in den Drucksachen der 2. Kammer 1854 Bd. 1 No. 49).

[2]) Näheres vgl. aber bei Freund S. 401.

[3]) Darum können die Genannten nicht den Konflikt zu Gunsten der (allerdings militärisch organisierten) Gendarmen erheben (vgl. Erk. d. O. V. G. Bd. 31 S. 438—452).

darin, daß — wie die Motive erklären [1]) — den richterlichen Behörden „nicht die nötigen militärischen Kenntnisse beiwohnen.“

Zu den „Personen des Soldatenstandes,“ für die § 6 des Konfliktsgesetzes besondere Bestimmungen trifft [2]), gehören ausschließlich die Generäle [3]), Stabsoffiziere, Hauptleute und Rittmeister, Subalternoffiziere, Unteroffiziere, Gemeine und die Mitglieder des Sanitätskorps. Nicht gehören dagegen hierher die Militärbeamten, und zwar aus zwei Gründen: einmal, weil dieselben, wie § 4 Abs. 1 des deutschen Militärstrafgesetzbuches [4]) zeigt, neben den Personen des Soldatenstandes eine besondere, von diesen verschiedene Klasse der Militärpersonen bilden, sodann aber, weil sie durch § 1 des Konfliktgesetzes ausdrücklich den allgemeinen Regeln über den Konflikt unterstellt worden sind. Letztere Bestimmung ist jedoch ohne Wirkung, denn die Militärbeamten sind jetzt sog. mittelbare Reichsbeamte [5]) und als solche wirkliche Reichsbeamte im Sinne des Reichsbeamtengesetzes, nicht etwa Landesbeamte [6]). Zu Gunsten von Reichsbeamten kann jedoch auf Grund des preußischen Gesetzes vom 13. Februar 1854 der Konflikt nicht erhoben werden (vgl. unten § 30) [7]), also auch nicht zu Gunsten von Militärbeamten.

---

[1]) vgl. Stenogr. Berichte der Beratungen der 1. Kammer 1853/54 Bd. 3 S. 48, ferner Drucksachen der 1. Kammer 1852/53 Bd. 4 No. 278 und Bd. 5 No. 349, wonach der K.G.H. selbst die gleiche Ansicht vertreten hat, und Drucksachen der 2. Kammer 1854 Bd. 1 No. 5.

[2]) Bezüglich der gemeinen Soldaten ist dies der ausschlaggebende Gesichtspunkt: vgl. den anderen Gesichtspunkt oben S. 73. .

[3]) Der kommandierende General kann analog dem in § 27,I aufgestellten Grundsatze zu eigenen Gunsten den Konflikt erheben. Keinesfalls könnte hier etwa der Kriegsminister (abgesehen von seiner Eigenschaft als Reichsbeamter) in Frage kommen, da die kommandierenden Generäle nicht persönlich Untergebene des Kriegsministers sind (vgl. auch v. Blume S. 155).

[4]) R. G. Bl. 1872 S. 174.

[5]) vgl. Harseim in Frhr. v. Stengel's Wörterbuch Bd. 2 S. 97. (Art. „Militärbeamte“) u. Perels-Spilling Reichsbeamtenges. 2. Aufl. S. 8.

[6]) vgl. dazu auch schon Urt. d. Reichsoberhandelsgerichts in Bd. 21 der Entsch. S. 48.

[7]) Dies übersehen: v. Bitter Bd. 1 S. 949; v. Brauchitsch Neue Preuß. Verwaltungsgesetze 19. Aufl. (bearbeitet von Studt und v. Braunbehrens Berlin) 1903 Bd. 1 S. 680 Note 4 und v. Marck-Kloss Staatsanwaltschaft bei Land- u. Amtsgerichten in Preußen. Berlin 1903 S. 98.

II. Neuerdings hat die Zuständigkeit des verstärkten Militärjustizdepartements zur Vorentscheidung über den Konflikt in Soldatenprozessen in einer Abhandlung von Jastrow „Über die Zuständigkeit des preußischen Militär-Justizdepartements und des Oberverwaltungsgerichts für die Konflikte in Soldatenprozessen [1])“ eine eingehende Darstellung und Prüfung erfahren. Danach kann man als erwiesen ansehen, daß das verstärkte Militär-Justiz-Departement seit Erlaß der Reichsjustizgesetze als Behörde zur Entscheidung von Konflikten nach § 6 des Ges. v. 13. II. 54 nicht mehr zu Recht besteht und daß an seine Stelle das O. V. G. getreten ist. Jastrow weist nämlich einmal nach, daß die Vorschrift des § 6 prozeßrechtlicher Natur, mithin dem § 14 E.-G. z. C. P. O. und § 6 E.-G. z. Str. Pr. O. unterworfen ist, wonach „die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle der C. P. O. bezw. Str. Pr. O. unterworfenen Sachen außer Kraft treten, soweit nicht in der C. P. O. bezw. Str. Pr. O. auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, das sie nicht berührt werden.“ Das Letztere ist aber in Bezug auf § 6 nicht geschehen. Ferner macht Jastrow darauf aufmerksam, daß § 6 auch im Widerspruch mit § 16 G. V. G. steht, wonach Ausnahmegerichte unstatthaft sind. Schließlich kommt er auf Grund einer eingehenden Betrachtung [2]) zu dem Resultat, daß durch § 11 E.-G. z. G. V. G. die besondere Behörde des § 6 des Konfliktgesetzes als aufgehoben anzusehen und an deren Stelle das O. V. G. getreten ist, welches mit der durch § 11 Abs. 2 No. 1 gegebenen Modifikation [3]) entscheidet. Die Ausführungen Jastrow's darf man in jeder Beziehung für überzeugend erachten.

Die preußische Regierung hat jedoch bisher daran festgehalten, daß das verstärkte Militärjustizdepartement als zur Vorentscheidung berufen fortbestehe [4]), indem es die drei zur Mitwirkung zu entsendenden höheren Offiziere ständig noch weiter ernennt. Zuletzt

---

[1]) Verwaltungsarchiv Bd. 4 S. 336—363.

[2]) S. 345—356.

[3]) Anders Stölzel Rechtsweg S. 60 Anm. 32 und Text dazu.

[4]) vgl. auch das im Justizministerium bearbeitete „Jahrbuch der preußischen Gerichtsverfassung“ Berlin 1902 S. 192. Derselben Ansicht Arndt Verf-Urk. 6. Aufl. 1907 S. 321; Cretschmar S. 48 und Loewe-Hellweg Note 4a zu § 11 E.-G. z. G. V. G. And. Meing. sind v. Brauchitsch 19. Aufl. Bd. 1 S. 685; Oppenhoff S. 414 f. Anm. 101; Rintelen § 1a B. 2 und Schwartz S. 282.

ist dies für die Zeit vom 1. Okt. 1905 bis 1. Okt. 1908 geschehen[1]). Nach den obigen Ausführungen ist aber erforderlich, daß im Wege der Gesetzgebung Abhilfe geschafft wird, und zwar, wenn das Militär-Justiz-Departement beibehalten werden soll, im Wege der Reichsgesetzgebung. Der Fall, daß in der in § 6 des Ges. v. 13. II. 54 vorgeschriebenen Form der Konflikt erhoben wird, kommt zwar sehr selten vor: so hat sich das verstärkte Militär-Justiz-Departement in den Jahren 1854—1862 nur mit 3 Fällen von Vorentscheidung beschäftigt[2]) und seit dem 1. Oktober 1879 ist nichts von einer Tätigkeit desselben verlautbart worden[3]), auch wird bezeichnender Weise beim Kriegsministerium eine Statistik über die Tätigkeit des verstärkten Militärjustizdepartements nicht geführt[4]). Immerhin aber ist es wünschenswert, nicht erst zu warten, bis die Praxis einen Fall zeitigt, welcher zu eingehenden und vielgestaltigen Erörterungen Anlaß gibt, sondern vorher die Consequenzen zu ziehen und so Unzuträglichkeiten aus dem Wege zu gehen.

§ 29. Polizeibeamte und Gendarmen.

I. Wie bereits oben (S. 36) erwähnt, ist für die Verfolgung von Polizeibeamten eine Sonderbestimmung in Gestalt des Gesetzes „Über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen" vom 11. Mai 1842 (G.-S. S. 195) erlassen worden. War schon durch die §§ 38—40 ff. der Verordn. v. 26. XII. 1808 der Rechtsweg in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen beschränkt gewesen, so geschah dies in noch erhöhtem Maße durch das neue Gesetz, welches an Stelle der alten Bestimmungen vom Jahre 1808 treten sollte[5]). Denn durch § 1 des Gesetzes wurden sämtliche Beschwerden über polizeiliche Verfügungen, sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit derselben betreffen, vom Rechtsweg ausgeschlossen und

---

[1]) vgl. Just.-Min.-Bl. 1905 S. 314.

[2]) So Sydow Die Zulässigkeit des Rechtsweges in Preußen S. 156. Ihm standen wohl amtliche Quellen zur Verfügung.

[3]) vgl. auch Verwaltungsarchiv Bd. 4 S. 362 (Jastrow).

[4]) Nach einer Auskunft des Kriegsministeriums.

[5]) vgl. Oppenhoff S. 315 Anm. 1. u. 2 und die ausführliche Darstellung von Foerstemann Prinzipien des preußischen Polizeirechts. Berlin 1869 S. 474 ff.

vor die vorgesetzte Dienstbehörde verwiesen. Der Rechtsweg sollte zulässig sein, wenn die Verletzung eines zum Privateigentum gehörenden Rechtes behauptet wurde, und unter außerdem im Gesetz noch näher aufgeführten Bedingungen. Ebenso wie das Konfliktsgesetz bezweckte also das Gesetz von 1842, wenngleich auch die genannte Bedingung für die Zulässigkeit des Rechtsweges absonderliche Erschwerung nicht schuf, eine Beschränkung in der gerichtlichen Verfolgung von Beamten, ebenso wie jenes (vgl. oben § 8) war es daher das Ziel heftiger Angriffe. Es galt als das Grundgesetz des Polizeistaates, welches jeder Logik Hohn spreche; der Staat mißbrauche — so hieß es — mit diesem Gesetze seine Hoheit, indem er, statt mit besonderer Strenge gegen die Beamten vorzugehen, deren Fehlgriffe decke: und doch seien die Beamten, wenn sie sich einer Rechtsverletzung schuldig gemacht hätten, gerade die schlimmsten Feinde des Staates [1]).

Wenn nun, wie gesagt, das Gesetz von 1842 ebenso wie das Konfliktsgesetz die gerichtliche Verfolgung von Beamten an besondere Voraussetzungen knüpft, dann müßte es auch, so sollte man meinen, ebenso wie dieses durch die Bestimmungen des § 11 E.-G. z. G. V. G. modifiziert oder überhaupt aufgehoben worden sein. Das ist jedoch nicht der Fall, denn im Gegensatz zu den Bestimmungen des Konfliktsgesetzes, welche prozeßrechtlicher Natur sind, enthält das Gesetz vom 11. V. 1842 materielle Beschränkungen der gerichtlichen Verfolgung: auf diese finden aber die prozeßrechtlichen Vorschriften des § 11 keine Anwendung [2]). Die Bestimmungen des Gesetzes von 1842 bestehen also neben denen des Konfliktsgesetzes fort [3]). Wie aber verhalten sich die beiden Gesetze zu einander? Findet auf Polizeibeamte nur das

---

[1]) vgl. Lasker Zur Verfassungsgeschichte Preußens. Leipzig 1874 S. 181 u. 210.

[2]) u. [3]) vgl. Arndt Verfass.-Urk. 6. Aufl. 1907 S. 322; Hauser Bd. 4 der Ztschr. f. Reichs- u. Land.- R. S. 281 f. u. 303 ff; Lasker S. 66 f.; Meyer-Anschütz S. 681; Oppenhoff S. 342 Anm. 161 und die dort angeführte Literatur und Judikatur. Außerdem die Entscheidungen des Reichsgerichts (im Gegensatz zu Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 5 S. 48) in der Jur. Wochenschrift v. 1887 S. 270 [1], 1888 S. 144 [38], 1893 S. 50 [51], in Gruchot's Beiträgen Jahrg. 39 S. 1023 u. 40 S. 1043 und in den Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 51 S. 327 ff. und Bd. 59 S. 170 ff. Dasselbe Resultat endlich bei Stölzel Rechtsweg S. 225 f.

Gesetz von 1842 Anwendung oder auch das Konfliktsgesetz oder ist das letztere nur auf die anderen Beamten, mit Ausnahme der Polizeibeamten, anwendbar? Eine Zeit lang haben über diese Frage tatsächlich Zweifel in der Rechtsprechung geherrscht, indem man annahm, der Konflikt könne zu Gunsten eines Polizeibeamten nicht mehr erhoben werden, dessen polizeiliche Verfügung gemäß § 6 des Ges. v. 11. V. 42 („Wird eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde [nach § 131 L. V. G. auch: „im Verwaltungsstreitverfahren durch rechtskräftiges Endurteil“] als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben[1]), so bleiben dem Beteiligten seine Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten vorbehalten“) aufgehoben, bei dem also schon eine Überschreitung der Amtsbefugnisse konstatiert worden sei. So erschien es dem K. G. H.[2]) überflüssig, wenn in diesem Falle noch ein Mal der Konflikt zu Gunsten eines ganz offenbar im Unrechte befindlichen Beamten erhoben werde, da ja nach Aufhebung der polizeilichen Verfügung gemäß § 6 des Ges. v. 11. V. 42 dem Beteiligten seine Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten vorbehalten blieben d. h. ihm der Rechtsweg geöffnet sei. Dieser Anschauung hat sich jedoch das O. V. G.[3]) nicht angeschlossen, vielmehr geht es davon aus, daß § 6 a. a. O. die besondere Vorbedingung für die Zulässigkeit von Regreßklagen wegen polizeilicher Verfügungen zum Gegenstande hat, nämlich die Aufhebung der Verfügung, ohne jedoch damit Gewißheit über die Frage zu schaffen, ob nach den allgemeinen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten eine Regreßklage zulässig ist oder nicht. Ist die besondere Vorbedingung nicht erfüllt, so ist der Rechtsweg nicht

---

[1]) Es genügt jedoch schon eine Mißbilligung der Verfügung (vgl. Stölzel Rechtsweg S. 226).

[2]) vgl. Erk. d. K. G. H. v. 13. I. 77 (J.-M.-Bl. S. 43).

[3]) vgl. Erk. d. O. V. G. v. 4. II. 82, 16. VI. 86 u. 3. I. 1905 (Entsch. Bd. 8 S. 408, 14 S. 423 u. 46 S. 441), ebenso ein früheres Urteil des K. G. H. v. 9. II. 56 (Min. Bl. f. d. ges. inn. Verw. 1882 S. 94). Auch das bisher unveröffentlichte Urteil d. O. V. G. v. 10. Mai 1907 — dem Verfasser von den Parteien zur Verfügung gestellt — in dem Civilprozesse L. gegen B. zu Königsberg geht stillschweigend von diesem Grundsatz aus.

zulässig, ist sie dagegen erfüllt, so ist der Rechtsweg gegeben und dabei ist die zweite Frage zu prüfen. Dabei kann der Konflikt sehr wohl erhoben werden, ohne daß auf die Entscheidung desselben die Entscheidung über die besondere Vorbedingung von Einfluß wäre. Wird also nach Aufhebung der polizeilichen Verfügung noch der Konflikt erhoben, so muß das O. V. G. zur materiellen Beurteilung der Frage schreiten, ob Überschreitung der Amtsbefugnisse und schuldhaftes Verhalten des Beamten vorliegt oder nicht [1]).

II. Hinsichtlich der Gendarmen kann man Zweifel hegen, ob das O. V. G. oder das für Militärpersonen bestimmte verstärkte Militärjustizdepartement der zur Vorentscheidung berufene Gerichtshof ist, wenn hier der Konflikt erhoben wird. Die Stellung der Gendarmen ist nämlich insofern eine doppelte, als sie nach § 2 der Verordnung „Über die Organisation der Gendarmerie" vom 30. Dezbr. 1820 [2]) „in Rücksicht auf Ökonomie, Disziplin und übrige innere Verwaltung militärisch organisiert und unter dem Oberbefehl eines Generals, als Militärchefs, dem Kriegsministerium untergeordnet sind," aber „in Ansehung ihrer Wirksamkeit und Dienstleistung den betreffenden Civilbehörden und dem Ministerium des Inneren und der Polizei" unterstehen. Es wirken also sowohl Militär- als auch Civilbehörde bei Überwachung der pünktlichen und zuverlässigen Erfüllung der Dienstobliegenheiten der Gendarmen mit. Die Zweifel werden dadurch erhöht, daß die Strafbestimmungen für Gendarmen, die sich eines Mißbrauches ihrer Dienstgewalt schuldig gemacht haben, in § 58 der Verordnung „Über die Anwendung der Kriegsartikel für das preußische Heer" vom 27. VI. 1844 [3]) enthalten sind. Sowohl K. G. H. als auch O. V. G. sind jedoch übereinstimmend der Ansicht gewesen, daß nicht das verstärkte M.-J.-D., sondern der zur Vorentscheidung bei den anderen Beamten berufene Gerichtshof auch die Vorentscheidung im Falle der Konfliktserhebung zu Gunsten von Gendarmen zu treffen habe [4]).

[1]) vgl. auch v. Arnstedt Bd. 1 S. 337; Oppenhoff S. 345 Anm. 178 und Stölzel Rechtsweg S. 228.

[2]) vgl. G.-S. 1821 S. 1.

[3]) G.-S. S. 295.

[4]) vgl. J.-M.-Bl. 1858 S. 91 ff. und Entsch. d. O. V. G. Bd. 31 S. 438 ff.

Schon oben (§ 28) ist darauf hingewiesen worden, daß für die besondere Regelung des § 6 des Ges. v. 13. II. 54 für Soldatenprozesse lediglich das Vorgesetztenverhältnis der dort besonders eingesetzten Beamten gegenüber den Soldaten maßgebend war, daß man also nicht daran dachte, die Bestimmung des § 6 auch auf Gendarmen Anwendung finden zu lassen[1]), die nicht direkte Untergebene der dort in Frage kommenden höheren Militärpersonen sind. Man würde auch, wenn man die Vorentscheidung bei Gendarmen dem verstärkten M.-J.-D. übertragen hätte, in dieser Beziehung zwei Beamtengattungen gleichartig behandelt haben, deren Tätigkeit von einander sehr verschieden ist. Der Gendarmerie liegt es nämlich in der Hauptsache ob, in Unterstützung der Polizeibehörden die öffentliche Ruhe und Sicherheit im Inneren, besonders auf dem Lande, zu erhalten und zu bewahren. Sie sind also in erster Linie polizeiliche Vollzugsorgane. Das Militär dagegen richtet seine Tätigkeit in erster Linie auf die Verteidigung gegen äußere Feinde; nur unter besonderen Bedingungen (Art. 36 Preuß. Verf.) liegt ihm die Unterdrückung innerer Unruhen ob. Die Gendarmerie ist also nicht etwa eine Unterabteilung der Militärmacht, sondern eine besondere Einrichtung des Staates mit militärischer Organisation[2]). Was schließlich die oben erwähnten Bestimmungen der Verordnung vom 30. Dezbr. 1820 anlangt, so kann man sagen, daß die Aufsicht der vorgesetzten Militärbehörde lediglich eine formelle ist, indem sich diese Behörde nur mit Fragen beschäftigt, die die Voraussetzungen für ein ersprießliches Wirken der Gendarmen und für ihren Be-

---

[1]) Ebenso v. Brauchitsch a. a. O. S. 684 Note 15.

[2]) Das für die Gendarmen Gesagte gilt jedoch nicht für die Gendarmerieoffiziere: diese muß man zu den Personen des Soldatenstandes rechnen, sodaß also das für die letzteren (oben § 28, I) Gesagte auch für sie gilt. Sie werden als lediglich zur Armee gehörig betrachtet, was auch äußerlich dadurch zum Ausdruck kommt, daß ihre Rangverhältnisse in der „Rangliste der Kgl. Preuß. Armee" (Jahrgang 1906 S. 524 u. 1176) veröffentlicht werden. Sie sind Militärvorgesetzte (Hue de Grais Hdbch. der Verf. u. Verw. 16. Aufl. Berlin 1904 S. 321) und werden auch in den preußischen Gesetzen mit den Offizieren des Reichsheeres gleichbehandelt. So erfolgt nach § 4 des Pensionsgesetzes v. 27. III. 1872 (G.-S. S. 268) die Pensionierung der Gendarmerieoffiziere im Gegensatz zu der der Oberwachtmeister und Gendarmen nach den für die Offiziere des Reichsheeres geltenden Vorschriften.

ruf bilden: also z. B. ob die Gendarmen rein äußerlich ihren Dienst pflichttreu erfüllen, ob sie ihren Funktionen angemessen und pünktlich nachkommen u. dergl. Die Fragen dagegen, welche den Beruf selbst betreffen (den polizeilichen Beruf regelt § 12 der Verordnung) oder besser gesagt, bei denen es auf die Beurteilung der intellektuellen Tätigkeit der Gendarmen ankommt, beschäftigen nicht die Militärbehörde, sondern gemäß § 17 der Verordnung die Civilbehörde; diese ist auch gemäß § 18, 2 der Verordnung allein für die Recht- und Zweckmäßigkeit der den Gendarmen erteilten Aufträge und Anweisungen verantwortlich.

Wenn also ein Gendarm sich der Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig macht, so kann es sich nur um eine Tätigkeit handeln, hinsichtlich deren er der Civilbehörde untersteht. Dann können also nur die Civilbehörden zu seinen Gunsten den Konflikt erheben, die besonderen Bestimmungen des § 6 des Gesetzes vom 13. II. 54 können also keine Anwendung finden und zur Vorentscheidung ist ohne Zweifel nur das O. V. G. berechtigt.

III. Man möchte versucht sein, aus der Stellung der Polizeibeamten und Gendarmen zu schließen, daß zu ihren Gunsten besonders häufig der Konflikt erhoben wird. Einmal nämlich kommen diese Beamten viel öfter in ihrer amtlichen Stellung mit dem Publikum in eine gegensätzliche Berührung, als andere Beamte, sodann sind auch die Anforderungen, die ihr Amt an sie stellt, im Verhältnis zu ihren Kenntnissen, ihrer Urteilsfähigkeit und ihrem Unterscheidungsvermögen[1]) oft derartig schwierige, daß sie denselben kaum immer gewachsen sein können. Ohne daß ihnen ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wird sich oft bei ihnen ein Mangel scharfer Begriffsunterscheidung und des

[1]) vgl. z. B. den im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft (Neue Folge) Bd. 13 S. 388 und in der Ztschr. f. Staats- und Gemeindeverw. im Großh. Hessen 7. Jahrg. S. 137 ff. und 146 ff. mitgeteilten Fall. Ein Polizeibeamter fand einen Arbeiter besinnungslos, mit zerrissenen Kleidern und stark nach Alkohol riechend, auf der Straße liegend und transportierte ihn als Betrunkenen in das Polizeigefängnis. Der Arbeiter starb am nächsten Tage, und zwar infolge eines inneren Leidens, durch welches auch lediglich seine Besinnungslosigkeit herbeigeführt worden war. Die Witwe verklagte darauf den Polizeibeamten, weil durch sein Verhalten der Tod ihres Mannes eingetreten sei: der hessische V. G. H. jedoch stellte fest, daß Amtsüberschreitung nicht vorgelegen habe.

für ihr Amt unerläßlichen Grades von juristischer Schulung zeigen und der Grund zu Klagen sein. Man denke z. B. an die Tätigkeit des Polizeibeamten bei Überwachung öffentlicher Versammlungen, bei welcher Gelegenheit er sich aus dem Inhalt der gehaltenen Reden schlüssig zu machen hat, ob er die Versammlung gegebenen Falles auflösen soll[1]).

Trotzdem aber ist die praktische Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Konflikt bei Entschädigungsklagen gegen Polizeibeamte eine ziemlich geringe, da eben schon das Gesetz von 1842 einen Riegel vorschiebt, indem es den Rechtsweg nur unter besonderen Bedingungen zuläßt. Erst wenn eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde oder Verwaltungsklage als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben ist, ist die Verfolgung des Beamten vor dem ordentlichen Gericht möglich, und dies ist ja die Voraussetzung, damit der Konflikt überhaupt erhoben werden kann. Infolgedessen handelt es sich bei Erhebung des Konfliktes zu Gunsten von Polizeibeamten in den meisten Fällen um Strafprozesse, um Klagen wegen Beleidigung u. dergl., selten um Civilprozesse. Auch bringt es die Natur der Sache mit sich, daß sich dann die Klage meist gegen niedere Beamte, wie Polizeidiener und Amtsdiener, richtet[2]), ganz selten gegen Beamte in höherer Stellung.

---

[1]) vgl. oben auch § 8.
[2]) vgl. auch Löning Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 530.

Teil III.

Die Rechtslage im Reiche und in den übrigen deutschen Staaten.

Eine gleiche Ausführlichkeit in der Darstellung, wie sie der Rechtslage in Preußen zuteil geworden ist, wird hier für das Reich und die übrigen Staatsgebiete nicht beabsichtigt. Der Teil II hat bereits den Anlaß auch zu grundsätzlichen Erörterungen geboten, bei denen hier und da schon die Rechtsverhältnisse in nichtpreußischen Staaten berührt werden konnten. Hier soll es lediglich darauf ankommen, ein einigermaßen abgerundetes Bild über die Rechtslage in diesen außerpreußischen Staatsgebieten zu geben. Ausführlicher als die (mir bekannten) Darstellungen für die Einzelstaaten[1]) ist es allerdings geraten. Das liegt an dem oben (S. 2ff.) gekennzeichneten Stande der Literatur. — Mit Rücksicht auf die verschiedenartige Regelung in den einzelnen deutschen Gliedstaaten wäre eine Gruppierung nach verschiedenen Gesichtspunkten möglich, insbesondere danach, ob der Konflikt bei civil- oder bei strafgerichtlicher Verfolgung erhoben werden kann, ob er nur statthaft oder geboten und schließlich von welcher Behörde er zu erledigen ist. Wenn wir dabei in Kapitel 2 und 3 eine Scheidung unter den einzelnen Staatsgebieten nach dem Gesichtspunkte vornehmen, ob der oberste Verwaltungsgerichtshof oder das Reichsgericht jeweils zur Fällung der Vorentscheidung berufen ist, so war dafür der Umstand bestimmend, daß die Reichsgesetzgebung in § 11 E.-G. z. G. V. G., von dessen Betrachtung wir (oben S. 1) den Ausgang nahmen, gerade dieses Merkmal am deutlichsten hervorgekehrt hat.

[1]) Vielleicht mit Ausnahme von Bayern. Die Judikatur ist jedoch auch in den Einzeldarstellungen für Bayern bisher nicht hinreichend zu Worte gekommen.

1. Kapitel.

Das Reich.

§ 30.

Die Verantwortlichkeit der Reichsbeamten wird jetzt (vgl. oben S. 74 f.) durch § 70 G. V. G. und durch § 13 des Gesetzes „über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten“ vom 31. März 1873[1]) („Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich“) geregelt.

Es hatte bei den gesetzgeberischen Vorbereitungen lange gedauert, bis man sich über die Fassung des § 13 einigte. Der Bundesrat (bezw. das Präsidium des Norddeutschen Bundes) hatte in seinen Entwürfen, deren erster dem Reichstag am 18. März 1869[2]) zuging und deren letzter vom 8. April 1872[3]) datiert ist, den Standpunkt eingenommen, daß für die Beurteilung der Amtsvergehen der Reichsbeamten die Rechtsgrundsätze desjenigen Staates vorläufig maßgebend sein sollten, in dessen Gebiet der Reichsbeamte seinen Wohnsitz habe. Einem späteren Reichsgesetz über die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung eines Reichsbeamten solle die genauere Regelung der Frage vorbehalten bleiben. Das hieß also z. B. für Preußen, daß für die Reichsbeamten, die auf preußischem Gebiete ihren Wohnsitz hatten, das Konfliktsgesetz vom 13. Februar 1854 Anwendung finden sollte.

Bei der allgemeinen Abneigung aber, die auch damals[4]) dem Konflikt gegenüber bestand, war es nicht zu verwundern, daß der Reichstag sich mit den Regierungsvorlagen nicht einverstanden erklären mochte, vielmehr darauf sah, daß ein Übergreifen von Bestimmungen, die die Verfolgbarkeit der Beamten einschränkten, auf die Verhältnisse der Reichsbeamten verhindert werde. Darum stand der Reichstag von Anfang an auf dem Standpunkte, daß jeder Reichsbeamte unbedingt für die in Ausübung seines Amtes begangenen Handlungen vor den ordentlichen Gerichten verantwortlich sein und daß die gerichtliche Verfolgung in ihren

---

[1]) vgl. R.-G.-Bl. 1873 S. 61. In der neuen Fassung vom 18. Mai 1907: vgl. R.-G.-Bl. 1907 S. 245.

[2]) Stenographische Berichte des Reichstages von 1869 Bd. 3 S. 78.

[3]) ebenda 1872 Bd. 3 S. 60.

[4]) Im übrigen vgl. oben S. 41 ff.

Grundlagen nach den Sätzen des gemeinen Rechtes geregelt werden solle: der Bundesrat gab unter diesen Verhältnissen seinen Standpunkt auf. Auf solche Weise kam § 13 in der oben genannten Form zustande.

§ 13 will nun mit seiner Bestimmung, daß der Reichsbeamte für seine amtlichen Handlungen unbeschränkt verantwortlich sei, nicht nur in materieller Hinsicht Vorkehrung treffen[1]), sondern sein Zweck ist es auch, jede formale Beschränkung in der Verfolgbarkeit des Reichsbeamten, wie sie in Preußen durch das Gesetz vom 13. Februar 1854 geschaffen war, auszuschließen. Das zeigen die Verhandlungen des Reichstages zur Genüge[2]). Wir verweisen nur auf die Worte des Abg. Reichensperger bei der 3. Beratung im Plenum[3]):

„Mit der Konfliktserhebung gegen gerichtliche Verfolgung von Reichsbeamten hat ja allerdings der Bundesrat sich recht viel Mühe gegeben, um diesen einfachen Konflikt zur Geltung zu bringen. Der Bundesrat hat aber in § 13 des Reichsbeamtengesetzes schließlich darauf verzichtet, und die Tatsache steht also heute so, daß die Reichsbeamten, die in den einzelnen Bundesstaaten ihre Residenz haben, ohne jede derartige Beschränkung gegenüber den Gerichten Rede stehen müssen."

Dieselbe Ansicht wurde später noch ein Mal gelegentlich der Beratung der Reichsjustizgesetze vom Abg. Klotz ausgesprochen[4]) und blieb damals ohne Widerspruch.

Literatur sowie Judikatur haben denn auch sowohl früher[5]) als auch jetzt[6]) sich auf den Standpunkt gestellt, daß es eine

---

[1]) Hierfür vgl. Dock im Archiv für öffentl. Recht Bd. 16 S. 263 und Laband, Staatsrecht d. Deutsch. Reiches 4. Aufl. Bd. I S. 447 f. Auch die Kommission für die 2. Lesung eines Entwurfes des B. G. B. ging von dieser Ansicht als einer weitverbreiteten aus (vgl. Protokolle II S. 662).

[2]) vgl. z. B. Antrag des Frhr. v. Zedlitz (Stenographische Berichte von 1872 Bd. 3 S. 163).

[3]) vgl. Hahn, Materialien z. G. V. G. S. 1508 f.

[4]) Hahn, Materialien, S. 1618.

[5]) vgl. Kanngiesser, Recht der deutschen Reichsbeamten. Berlin 1874 S. 65; Thudichum, Reichsbeamtenrecht, in den Annalen des Deutschen Reiches Jahrg. 1876 S. 279 u. 277.

[6]) vgl. Brand, Das Reichsbeamtengesetz. Berlin 1902, S. 39, 40 und 227; Birkmeyer, Encyklopädie, S. 1833; Freund, Abschn. 2 Kap. 1

Vorentscheidung bei Überschreitung der Amtsbefugnisse durch Reichsbeamte nicht gibt, insbesondere daß eine Ausdehnung der Bestimmungen des Konfliktsgesetzes auf die Reichsbeamten nicht stattfindet. Die gegenteilige Ansicht des K. G. H.[1]), welcher aus § 19 des Reichsbeamtengesetzes die Anwendbarkeit des Konfliktsgesetzes auf die Reichsbeamten folgert, kann durch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des Oberverwaltungsgerichts als endgültig aufgegeben gelten[2]). Nur in ganz besonders gearteten Fällen könnte auch zu Gunsten eines Reichsbeamten der Konflikt erhoben werden, wenn etwa z. B. der Reichsbeamte früher preußischer Beamter war und wegen einer angeblichen, in die Zeit seiner Tätigkeit als preußischer Beamter fallenden Überschreitung seiner Amtsbefugnisse in Anspruch genommen wird[3]), denn § 4 des Konfliktsgesetzes gestattet die Erhebung des Konfliktes auch gegen einen aus dem Dienst ausgeschiedenen Beamten (oben S. 76). Ferner wäre der Konflikt unter Umständen zu Gunsten eines Reichsbeamten zulässig, der in sich sowohl die Eigenschaft eines Reichsbeamten als auch die eines preußischen Landesbeamten vereinigt (z. B. der preußische Kriegsminister, oben S. 157 ff.).

---

2. Kapitel.

Staaten, in denen der oberste Verwaltungsgerichtshof die Vorentscheidung trifft.

§ 31. Bayern.

Schon oben ist angedeutet worden (S. 7), daß für Bayern im Gegensatz zu den anderen Staaten bereits wichtigere Untersuchungen

§ 2; Hauser, Bd. 5 S. 29; Keller S. 255; v. Marck-Kloss, Staatsanwaltschaft 2. Aufl., S. 98; Nadbyl S. 821; Perels u. Spilling, Reichsbeamtengesetz 2. Aufl. Berlin 1906 § 13 III; Schierlinger S. 8 b; v. Wilmowski-Levy S. 1255 Ferner Erk. d. O. V. G. i. Bd. 11 der Entsch. S. 403 ff und Erk. d. Reichsger. i. d. Jur. Wochenschr. 1900 S. 122. Anderer Ans. Förtsch No. 32 u. 33 sowie Hilse in Gruchot's Beiträgen Bd. 35 S. 807.

[1]) vgl. Oppenhoff S. 398 Anm. 11 (Erk. v. 13. IX. 1879).

[2]) vgl. Beschluß v. 2. XI. 1899 in den Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 32, S. 324 unten u. Erk. v. 24. I. 1885 i. d. Entsch. d. O. V. G. Bd. 11 S. 403.

[3]) vgl. z. B. Entsch. d. O. V. G. v. 26. II. 1897 Bd. 32 S. 452 (o. S. 70)

über die Vorentscheidung bei Amtsdelikten vorliegen. Dies gilt insonderheit für die geschichtliche Entwicklung, aber auch für die materiell-rechtlichen Fragen[1]). Dementsprechend soll sich die folgende Darstellung auf den Versuch beschränken, lediglich einen allgemeinen Überblick über die Rechtslage in Bayern zu geben.

I. Die gesetzlichen Grundlagen sind für die Pfalz und für das rechtsrheinische Bayern verschieden. Es empfiehlt sich darum für die Geschichte eine getrennte Betrachtung dieser Gebiete.

1. In der bayrischen Pfalz erlangte, ebenso wie in dem ebenfalls links des Rheines gelegenen Rheinhessen (§ 33) und Elsaß-Lothringen (§ 35), Art. 75 der Konstitution vom 22. frim. VIII (oben S. 22) gesetzliche Geltung[2]). Die zivil- und strafgerichtliche Verfolgung (oben S. 25) von Beamten war also dort an die Genehmigung des conseil d'Etat gebunden und konnte darum ganz willkürlich zugelassen werden oder nicht. Bei dieser Festsetzung einer admission préalable handelte es sich nicht so sehr um eine wirkliche Feststellung der Schuld des Beamten als vielmehr darum, die revolutionsfreundlichen, radikalen Verwaltungsbeamten vor willkürlichen Akten der als reaktionär und unzuverlässig geltenden Gerichte (oben S. 29) zu schützen[3]), also um eine Frage des Staatsinteresses, nicht um eine Rechtsfrage. Die Bestimmung war auf französische Verhältnisse zugeschnitten und mochte sich dort rechtfertigen, paßte aber nicht für andere Länder. Erst mit dem 1. X. 1879 trat jedoch eine Änderung in den bestehenden Rechtsverhältnissen ein. Zunächst wurde durch Art. 2 Ziff. 14 g des Gesetzes „zur Ausführung der R. Str. Pr. O." vom 18. VIII. 1879[4]) der Art. 75 „nebst den hierzu erlassenen ge-

[1]) vgl. v. Krais, Zur Frage der Beamtenhaftpflicht (Blätter für administrative Praxis Bd. 33 S. 33 ff. u. Bd. 50 S. 291 ff.); Lippmann in Hirth u. Seydel's Annalen Jahrg. 1885, S. 421 ff.; v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht 2. Aufl. 1896 Bd. 1 S. 595 ff. und (allerdings kurz, aber mit ausführlicher Literaturangabe) v. Seydel - Grassmann, Das Staatsrecht des Kgr. Bayern (in Marquardsen's Handbuch des öffentl. Rechts) 3. Aufl. 1903 S. 97.

[2]) vgl. Freund, Abschn. 2 Kap. 2 § 3; Hauser Bd. 5 S. 10; Reger-Dyroff, Handausg. des bayr. Verwaltungsgerichtsgesetzes 3. Aufl. Ansbach 1902 S. 157.

[3]) vgl. v. Neubronn, in den Annalen der badischen Gerichte Jahrg. 60 S. 365.

[4]) Ges.- u. Verordn.-Bl. f. d. Kgr. Bayern S. 782 f.

setzlichen Bestimmungen, insoweit sich diese Vorschriften auf Strafsachen beziehen", aufgehoben. An Stelle der bestehen gebliebenen und noch weiterhin erforderlichen Genehmigung für den Fall der zivilrechtlichen Verfolgung wurde dann durch § 11 E.-G. z. G. V. G. eine gerichtliche Vorentscheidung über die Schuld oder Nichtschuld des Beamten gesetzt, und endlich wurde durch Art. 7 des Gesetzes vom 8. VIII. 1879 [1]) das bayrische Recht mit dem Reichsrecht insofern in Einklang gebracht, als die Befugnis zur Vorentscheidung dem bayrischen Verwaltungsgerichtshofe übertragen wurde [2]). Damit trat dann an die Stelle der diskretionären Genehmigung einer Verwaltungsbehörde die Entscheidung einer Rechtsfrage durch ein Richterkollegium, jedoch nur bei zivilrechtlicher Verfolgung [3]), da ja in Strafsachen die Vorentscheidung nicht mehr existierte.

2. Im rechtsrheinischen Bayern waren ausdrückliche Bestimmungen über eine vorherige Entscheidung nur für Strafsachen erlassen worden: Art. 432 und 434 Teil II des Strafgesetzbuches von 1813 bestimmten nämlich, daß die vorgesetzte Amtsbehörde des Beamten die Generaluntersuchung zu eröffnen und auszuführen habe. Wenn sich dabei hinreichender Verdacht eines Verbrechens ergeben hatte, so wurde im Kgl. Geheimen Rat schriftlich Vortrag erstattet und dann entschieden, ob der Beamte vor Gericht zu stellen sei oder nicht [4]). Diese Vorschrift wurde jedoch durch Art. 2 Ziff. 1—3 des bayr. A.-G. z. R. Str. Pr. O. vom 18. VIII. 1879 (vgl. oben 1) wieder beseitigt. — Für zivilrechtliche Ver-

[1]) Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 369 ff.

[2]) vgl. hierzu auch Vorentsch. d. bayr. V. H. G. v. 30. VI. 1887 in der „Sammlung von Entsch. d. Königl. Bayr. V. G. H." Bd. 8. S. 279. — Eigentlich war ein besonderes Gesetz zur Ausführung von § 11 E.-G. z. G. V. G. vorgesehen worden. Man regte jedoch im Abgeordnetenausschuß zur Beratung des Gesetzes von 1878 den Gedanken an, die Angelegenheit schon damals mit zu regeln. Die Staatsregierung stimmte zu. Es erschien in Bayern bedenklich, dem Reichsgerichte die Vorentscheidung auch nur für kurze Zeit übertragen zu sehen (vgl. Meyer-Anschütz § 183 Anm. 9 und Reger-Dyroff S. 156).

[3]) vgl. auch Vorentsch. d. V. H. G. v. 22. IX. u. 3. XI. 1890 u. v. 27. VII. 1894 (Sammlung Bd. 12 S. 331 u. 332 u. Bd. 15 S. 268).

[4]) vgl. weiter die Bestimmungen des § 16 der IX. Beilage zur Verf.-Urk. von 1818 und des Art. 72 Ges. betr. Abänderung des 2. Teiles des Str. G. B. von 1813 v. 10. XI. 1848.

folgung bestanden keine Bestimmungen. Nicht lange aber währte es, so fanden (vgl. ebenso Baden § 32) in der Praxis Grundsätze Anerkennung, die dem § 75 inhaltlich entsprachen [1], und allmählich bildete sich, wenn auch nicht ohne Widerstand der Gerichte, eine feststehende Ansicht bei den obersten Gerichtshöfen aus, daß über die Frage der Amtsüberschreitung auch bei zivilrechtlicher Verfolgung nur die vorgesetzte Dienstbehörde des Beamten zu entscheiden habe [2]. Ein wirkliches Gewohnheitsrecht hat sich jedoch dadurch nicht zu bilden vermocht [3]. Daher konnten m. E. die Bestimmungen des § 11 E.-G. z. G. V. G und des Art. 7 des Ges. v. 8. VIII. 1878 (vgl. oben 1), als sie (am 1. X. 1879) in Kraft traten, für das rechtsrheinische Bayern überhaupt keine Wirkung äußern [4].

Somit war vom 1. Oktober 1879 ab nach bayrischem Recht lediglich dann eine Vorentscheidung, und zwar unbedingt, erforderlich, wenn in der bayrischen Pfalz ein Staatsbeamter [5] civilrechtlich vor Gericht in Anspruch genommen wurde [6].

II. Die letzte Regelung der Beamtenhaftpflicht wurde durch Art. 165 des A.-G. z. B. G. B. [7] vorgenommen [8], indem nunmehr in ganz Bayern [9] die Vorentscheidung mit folgenden Worten verlangt und näher geregelt wird:

---

[1]) vgl. Nadbyl S. 821; Reger-Dyroff S. 157 u. v. Seydel S. 595 bis 599.

[2]) Oben S. 54 versehentlich für die Pfalz erwähnt.

[3]) vgl. eingehend Lippmann S. 459 ff. u. v. Seydel a. a. O.

[4]) And. Mein. mit der Begründung, daß es sich hier um eine „als landesgesetzliche Vorschrift zu erachtende und geltende Norm“ handele, der bayr. Verw.-Gerichtshof in den Entsch. v. 19. III. 81, 30. XII. 84 und 18. X. 95 (Sammlung Bd. 2 S. 609, Bd. 5 S. 20 f. und Bd. 17 S. 80).

[5]) Und zwar kamen diejenigen in Betracht, die agens du Gouvernement im Sinne des pfälzischen Rechts sind (vgl. auch Hauser S. 6 Anm. 7 und Lippmann S. 466 Anm. 1) d. h. auch die mittelbaren Staatsbeamten, nicht aber Richter, Notare, sonstige Justizbeamte, Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft und Soldaten.

[6]) Zutreffend daher Miquél und Lasker in Hahn Materialien zum E.-G. z. G. V. G. S. 1448 u. 1624.

[7]) Beilage zum Ges.- u. Verordn.-Bl. von 1899 No. 28 S. 1—82.

[8]) Geschichte des Art. 165 bei v. Krais Bd. 50 S. 291 und Reger-Dyroff S. 159 f.

[9]) vgl. auch Schierlinger Bayrische Landesges. u. Verordn. (Anhang zu Gaupp-Stein) 3. Aufl. 1902 S. 135.

„Der Verwaltungsgerichtshof ist berufen, in den Fällen, in welchen der Staat, eine Gemeinde oder ein anderer Kommunalverband wegen des Schadens in Anspruch genommen werden soll, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig einem Dritten zugefügt hat, die Vorentscheidung darüber zu treffen, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat. Das Gleiche gilt, wenn ein Beamter wegen des Schadens in Anspruch genommen werden soll, den er durch eine in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommene Handlung einem Dritten zugefügt hat. . . . . . . Bei Handlungen eines Beamten der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Vorentscheidung nicht erforderlich.

Die Vorentscheidung ist für das Gericht bindend.

Soll der Anspruch gegen den Staat oder den Verband wegen schuldhafter Verletzung der Amtspflicht erhoben werden, so wirkt die Vorentscheidung auch für das Verhältnis zwischen dem Staate oder dem Verband und dem Beamten.

Auf das Verfahren finden die für Verwaltungsrechtssachen geltenden Vorschriften Anwendung“ . . . . .

III.[1]) Was die Zulässigkeit des Konfliktes betrifft, so gilt die vorgenannte gesetzliche Regelung, da sie als Ausführungsbestimmung zum B. G. B. ergangen und da nichts besonderes Anderes gesagt worden ist, lediglich für die civilrechtliche Inanspruchnahme. Eine Beschränkung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit eines Beamten dagegen ist in Bayern nicht angängig.

IV.[2]) Nach dem Wortlaut des Art. 165 ist die Vorentscheidung unbedingt[3]) erforderlich[4]), ohne daß sie durch das Verlangen einer Behörde (wie in Preußen, oben § 15) veranlaßt würde. Die Verjährung des Klaganspruches wird gemäß § 210 B. G. B. in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen, wenn der Gegner des Beamten durch ein Gesuch den V. G. H. um Fällung

[1]) und [2]) vgl. schon oben S. 67 f.

[3]) vgl. Gierke (Gutachten) in den Verhandl. des 28. deutsch. Juristentages 1906 Bd. 1 S. 124 Anm. 92.

[4]) Es findet also für Bayern wie für Hessen § 210 B. G. B. Anwendung (Näheres oben S. 112).

der Vorentscheidung bittet und 3 Monate nach Fällung der Vorentscheidung Klage erhebt.

V. Die Vorschriften über die Vorentscheiduug gelten für alle öffentlichen Beamten sämtlicher Verwaltungszweige, insbesondere auch für die mittelbaren Beamten[1]) (Wie Preußen, oben S. 75). Auch die nur vorübergehend angestellten Beamten[2]) werden in Bayern in Übereinstimmung mit Preußen (oben S. 73) als den genannten Vorschriften unterliegend erachtet. Dagegen werden die Militärpersonen nicht zu den Beamten im Sinne des Art. 165 gerechnet[3]): bei ihnen wird also eine Vorentscheidung nicht gefällt (Anders Preußen, oben § 28). Ebensowenig ist nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 165 die Vorentscheidung bei den Beamten der streitigen[4]) oder freiwilligen Gerichtsbarkeit[5]) „erforderlich". Auch in Preußen unterliegen die richterlichen Beamten nicht den Bestimmungen über den Konflikt, auch hier sind sie ausdrücklich „ausgeschlossen" (oben S. 80). Daß es in Bayern „nicht erforderlich", in Preußen „ausgeschlossen" heißt, kann nicht etwa insofern einen Unterschied begründen, als man vielleicht annehmen möchte, in Bayern wäre die Möglichkeit, daß eine Vorentscheidung gefällt werde, durch den Wortlaut des Gesetzes offengelassen. Vielmehr muß man annehmen, daß der Wille des Gesetzes dahin ging, die Vorentscheidung ebenso wie in Preußen nicht zuzulassen. Das bayrische Gesetz brauchte nur

---

[1]) Entsch. d. V. G. H. v. 7. X. 1903 u. 6. IV. 1904 (Sammlung Bd. 25 S. 26 u. 274) und v. Seydel Bd. 1 S. 604.

[2]) Entsch. d. V. G. H. v. 12. IV. 1905 (Sammlung Bd. 26 S. 282).

[3]) Entsch. d. V. G. H. v. 15. IV. 1903 (Sammlung Bd. 24 S. 183) und v. Krais Bd. 50 S. 312.

[4]) Da das Gesetz allgemein von Beamten der „streitigen", nicht solchen der „ordentlichen streitigen" Gerichtsbarkeit spricht, so gilt auch z. B. für die Beamten der Gewerbegerichte das Erfordernis der Vorentscheidung nicht. Die Beamten der Verwaltungsgerichte dagegen fallen nicht unter die Beamten der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. v. Krais Bd. 50 S. 328 f., Reger-Dyroff S. 164 und v. Schelhorn Amtshaftpflicht gegenüber Dritten nach deutschem u. bayrischem Bürg. Recht, Annalen des deutschen Reiches Jahrgang 1906 S. 683).

[5]) Wenn sie als solche tätig werden. Erforderlich ist jedoch die Vorentscheidung, wenn sie als Organe der Justizverwaltung Handlungen vorgenommen haben (vgl. Henle-Schneider Bayrische Ausführungsgesetze zum B.G.B. S. 301 u. v. Schelhorn a. a. O.)

nicht den scharfen Ausdruck „ausgeschlossen“ anzuwenden, wie das preußische. Denn das erstere legt demjenigen, der die Vorentscheidung beantragt (dem Gegner des Beamten, unten VI), eine Pflicht auf, in Preußen dagegen ist die Erhebung des Konfliktes und damit die Beantragung einer Vorentscheidung ein Recht (der Behörden, vgl. oben § 15). Soll nun in Bayern die Pflicht, die Vorentscheidung zu beantragen, in bestimmten Fällen nicht bestehen, so genügt es, wenn es heißt, die Vorentscheidung sei „nicht erforderlich,“ denn ohne Zwang wird sie niemand beantragen. Damit will das Gesetz in Bayern dasselbe erreichen, wie das preußische Gesetz, welches natürlich ein Recht, wenn es dasselbe nicht bestehen lassen will, ausschließen muß. — Im Gegensatz zu Preußen aber (oben S. 80), welches bei Beamten der Staatsanwaltschaft die Konfliktserhebung zuläßt, werden in Bayern die Staatsanwälte unter der Motivierung, daß der Begriff „streitige Gerichtsbarkeit“ möglichst weit zu fassen sei, demnach auch die gesamte Strafgerichtsbarkeit in sich greife, zu den Beamten der streitigen Gerichtsbarkeit gezählt[1]), die Vorentscheidung ist also bei ihnen nicht erforderlich[2]).

VI. Soll der Verwaltungsgerichtshof in Tätigkeit treten, so muß nach der Praxis desselben der Kläger die Vorentscheidung beantragen[3]). Dies mag sich mit Rücksicht darauf rechtfertigen, daß in Bayern die Vorentscheidung nur bei Civilprozessen (oben III) erforderlich ist und daß darum der Kläger nach dem Grundsatz des Prozeßbetriebes durch die Parteien auch dafür sorgen muß, daß die Vorentscheidung, die unbedingt erforderlich ist (oben IV)

---

[1]) Entsch. d. V. G. G. v. 11. V. 1904 (Bd. 25 S. 326) u. v. Krais Bd. 50 S. 328.

[2]) Näheres über die Beamtengruppen bei Oertmann Bayr. Landesprivatrecht (Ergbd. 1 zu Dernburg Bürg. Recht) Halle a/S. 1903 Abteil. 1 S. 258 ff. u. 268 und bei v. Krais Bd. 50 S. 328 Anm. 4. — In vielen Vorentscheidungen des V. G. H., die auf Grund des Art. 165 A.-G. z. B. G. B. ergangen sind, ist die Frage in den Vordergrund getreten, ob gewissen Personen die Beamteneigenschaft zukommt. Sie alle zu erwähnen, würde aus dem Rahmen unserer Untersuchung herausfallen. Die Fragen gehören unter das allgemeine Beamtenrecht.

[3]) vgl. Entsch. d. V. G. H. v. 13. XI. 1901 (Sammlung Bd. 23 S. 80).

und welche die Voraussetzung für die Tätigkeit der Gerichte[1]) bildet[2]), eingeholt werde.

Das nunmehrige Verfahren selbst vor dem Verwaltungsgerichshof soll nach Art. 165 Abs. 4 von den für Verwaltuugsrechtssachen geltenden Vorschriften beherrscht sein d. h. es sollen die Bestimmungen des Gesetzes „über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes[3]) und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen“ vom 8. VIII. 1878 (oben I) Geltung haben. Vor Beginn der Verhandlung können etwaige, für notwendig erachtete Erhebungen veranlaßt werden[4]), außerdem ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichtshofes die vorgesetzte Dienstbehörde zu hören, die einen Bericht zu erstatten hat[5]).

Die Bestimmung der Parteien macht für Bayern keine Schwierigkeit, insbesondere tritt dort keine Verschiebung der Parteirollen wie in Preußen (oben § 21) ein. Denn, wie eben erwähnt, hat der Kläger die Vorentscheidung gegen den früheren Beklagten, den Beamten, zu beantragen, es greift also kein Dritter in den Prozeß ein, wie in Preußen. Der Beamte wird also nicht wie dort beigeladen, sondern als Gegenpartei des Klägers geladen, da er auch bei der Vorentscheidung Beklagter bleibt. Zu beachten ist jedoch, daß in Bayern (vgl. auch oben S. 82 f.) nach Art. 165 Abs. 3 nicht nur der Beamte selbst, sondern auch der Staat für den vom Beamten verursachten Schaden in Anspruch genommen werden kann[6]). Wenn das bayrische Gesetz ebenfalls im letzteren Falle das Erfordernis einer Vorentscheidung verlangt, so ist dies aus den oben (S. 83) dargelegten Gründen

[1]) In diesem Falle der Landgerichte (§ 70 G. V. G. Abs. 3 und Art 26 Ziff. 2–4 des bayr. A.-G. z. G. V. G.).

[2]) vgl. auch v. Schelhorn S. 682.

[3]) Dadurch nahm Bayern Stellung zu der oben (S. 63, I) erwähnten Streitfrage.

[4]) v. Seydel Bd. 1 S. 641 f.

[5]) Entsch. d. V. G. H v. 16. IV. 1902 (Bd. 24 S. 98).

[6]) Es muß sich jedoch bei der Vorentscheidung stets um die Frage der Gesetzmäßigkeit von dem Beamten ausgeübter staatlicher Hoheitsrechte handeln, also nicht lediglich um eine Tätigkeit des Beamten im privatrechtlichen Verkehr. (vgl. v. Krais a. a. O. Bd. 33 S. 51 ff., 69 ff, 81 ff, 97 ff, 106 ff, 119 ff, 163 ff; Vorentsch. d. V. G. H. v. 30 VI. 87, 16. V. 90, 22. XI. 90 u. 11. I. 93 [Sammlung Bd. 8 S. 279; Bd. 12. S. 278, Bd. 12. S. 330 u. Bd. 14 S. 133 und 135] und die Erörterungen bei v. Schelhorn S. 460 f.).

durchaus verständlich. Der Kläger kann nun, wie aus Art. 165 ohne weiteres zu folgern ist, den Antrag auf Vorentscheidung beim V. G. H. alternativ stellen d. h. in der Absicht, entweder den Beamten oder den Staat haftbar zu machen[1]). Für den V. G. H. kommt es dann darauf an, gegen wen die Vorentscheidung in erster Linie beantragt war: bezüglich dieses wird geprüft, ob die Voraussetzungen für die Fällung der Vorentscheidung vorliegen, im verneinenden Falle wird dieselbe Prüfung für denjenigen vorgenommen, gegen welchen der Antrag in zweiter Linie gestellt ist. Die Frage dagegen, wer der richtige Beklagte ist, ob Staat oder Beamter, liegt der Entscheidung des ordentlichen Gerichtes ob[2]). Daß etwa der Beamte selbst den Antrag auf Vorentscheidung stellen könnte, verbietet sich schon aus dem Grunde, weil das Gesetz ja nicht dem Beamten den Rechtsweg durch die Vorentscheidung eröffnen, sondern umgekehrt den Rechtsweg gegen den Beamten verschließen will[3]).

VII. In Übereinstimmung mit dem preußischen Oberverwaltungsgericht prüft der bayrische Verwaltungsgerichtshof bei Fällung der Vorentscheidung lediglich die Frage der Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit und des dienstlichen Verschuldens des Beamten, während er die Erledigung der Frage nach dem subjektiven Verschulden, nach Vorsatz und Fahrläsigkeit, dem ordentlichen Gerichte überläßt[4]). (vgl. Grundsätzliches hierüber oben S. 134 f.)

---

[1]) Entsch. d. V. G. H. v. 12. IV. u. 3. V. 1905 (Sammlung Bd. 26 S. 282 u. 295). Vor 1900 war dies naturgemäß nicht zulässig (vgl. Entsch. d V. G. H. v. 31. VII. 89 Bd. 11. S. 337).

[2]) vgl. Entsch. d. V. G. H. v. 1. V. 1901, 7. X. 1903 und 5. X. 1904 (Sammlung Bd. 22 S. 167, Bd. 25 S. 26 u. Bd. 26 S. 12) sowie v. Krais a. a. O. Bd. 50 S. 333 ff. — Im übrigen gilt für die Tätigkeit des ordentlichen Gerichts das oben für Preußen (§ 26, I, 1 am Ende) Gesagte (vgl. auch Entsch. d. V. G. H. v. 23. III. 92 Sammlung Bd. 13 S. 470).

[3]) vgl. Entsch. d. V. G. H. v. 19. II. 84 (Sammlung Bd. 5 S. 142).

[4]) Entsch. d. V. G. H. v. 12. IV. 1905 (Sammlung Bd. 26 S. 282). And. Mein. v. Schelhorn S. 684 f., der die Vorentscheidung auch auf die Prüfung der Frage nach Vorsatz und Fahrlässigkeit ausgedehnt wissen will und mit v. Krais Bd. 50 S. 331 und Henle-Schneider S. 300 sogar soweit geht, daß der V. G. H. feststellen müsse, ob der Beamte eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt habe. Begründet wird diese Ansicht in erster Linie damit, daß „doch wohl" der V. G. H. darum

Das letztere ist an die Vorentscheidung nach ausdrücklicher Bestimmung des Art. 165 gebunden d. h. es kann an der gemäß § 11 E.-G. z. G. V. G. getroffenen Feststellung, ob der Beamte sich einer Überschreitung der Amtsbefugnisse oder Unterlassung der ihm obliegenden Amtshandlungen schuldig gemacht habe, nichts ändern[1]). Trotzdem kann es aber, wenn es nunmehr in die Prüfung der Fragen eintritt, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, ob er durch die Verletzung der Amtspflicht verursacht worden, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt und ob sich die Höhe des geltend gemachten Schadens rechtfertigt, zu einer Abweisung der Klage kommen, selbst wenn Amtspflichtsverletzung durch Vorentscheidung festgestellt ist, oder zu einer Verurteilung, selbst wenn Nichtschuld festgestellt ist. — Mit Rücksicht hierauf legt der Verwaltungsgerichtshof die Kosten der Vorentscheidung dem Antragsteller zur Last, auch wenn die Vorentscheidung für den Beamten ungünstig ausfällt, weil ja eben durch die Vorentscheidung noch nicht bestimmt wird, wer von den Parteien obsiegen wird. Erst wenn der Klage vor dem ordentlichen Gericht statt gegeben wird, kann der Antragsteller die ihm auferlegten Kosten der Vorentscheidung mit zu den Gerichtskosten liquidieren[2]).

Vorentscheidung zu treffen habe, weil die Beantwortung dieser Frage eine genaue Kenntnis vieler detaillierter Dienstvorschriften erfordere und hierzu der V. G. H. besonders geeignet sei. Auch praktische Gründe sonstiger Art sprächen für diese Ansicht. Dem ist nicht zu folgen. Die v. Schelhorn'sche Ansicht leidet an dem Irrtum, daß die Vorentscheidung darum einem Verwaltungsgerichte übertragen sei, weil die ordentlichen Richter nicht in der Lage seien, Dienstvorschriften so gut zu beurteilen wie die Verwaltungsrichter. Dadurch geschähe den ordentlichen Richtern Unrecht. Auch ist ja in Elsaß-Lothringen und Mecklenburg ein ordentliches Gericht, das Reichsgericht, zur Vorentscheidung berufen. Nein, die Vorentscheidung will lediglich ein Schutz für die Beamten sein, insofern als dieselben nicht willkürlich vor Gericht gestellt werden sollen (oben S. 45 u. 52). Dieser aus dem preußischen Recht hier angewandte Grundsatz gilt auch für Bayern, denn § 11 E.-G. z. G. V. G. entstand besonders mit Rücksicht auf das preußische Konfliktsgesetz (oben § 11). Ist dies aber der maßgebende Gesichtspunkt, so würde eine Tätigkeit des V. G. H. im Sinne von v. Schelhorn weit über ihren Zweck hinausgehen. Die übrigen Gründe von v. Schelhorn dürften sich durch einen Hinweis darauf erledigen, daß er S. 686 selbst anerkennt, die ordentlichen Gerichte könnten an der Vorentscheidung des V. G. H. nichts mehr ändern.

[1]) vgl. Schluß der vorigen Anmerkung.

[2]) Entsch. d. V. G. H. v. 26. IX. 1882 (Sammlung Bd. 4 S. 176).

§ 32. Baden.

I. Im Gegensatz zu Bayern, Hessen und Elsaß-Lothringen blieb Baden von den Bestimmungen des Art. 75 der französischen Konstit. v. 22. frimaire VIII insofern unberührt, als Art. 75 dort niemals gesetzliche Kraft erhielt. Aber der Geist dieser Bestimmung äußerte ebenso wie auf das rechtsrheinische Bayern (oben § 31, I, 2) auch auf Baden seine Wirkung. Die Praxis der obersten badischen Gerichte ging nämlich dahin, die vorherige Genehmigung der vorgesetzten Behörde des Beamten als Voraussetzung für jede gegen diesen wegen Amtsüberschreitung gerichtete Klage anzusehen. Das Oberhofgericht zu Mannheim war der Ansicht, daß dies „so sehr in der Natur des öffentlichen und bürgerlichen Rechts liege", daß eine gesetzliche Regelung dieser Frage garnicht erforderlich sei [1]). Trotzdem aber beschritt man den Weg der Gesetzgebung.

Die erste gesetzliche Regelung wurde durch § 8 E.-G. z. Str. G. B. vom 6. III. 1845, wenn auch nur für die strafrechtliche Verfolgung von Beamten, geschaffen, indem eine Art von Vorentscheidung der höheren Verwaltungsbehörde als unbedingtes Erfordernis der gerichtlichen Inanspruchnahme bestimmt wurde. Das in diesem Falle zuständige Hofgericht (§ 89 der Obergerichtsordnung) durfte nicht eher entscheiden, als bis die vorgesetzte Verwaltungsbehörde die erforderliche Vorfrage entschieden hatte [2]).

Durch § 9 des Einf.-Ediktes zum Str. G. B. v. 5. II. 1851 wurde dieser Grundsatz auch auf die civilgerichtliche Verfolgung öffentlicher Beamten ausgedehnt. Die Genehmigung sollte vom Staatsministerium erteilt werden, insofern nicht die zuständige Dienstbehörde selbst die Untersuchung veranlaßte oder zugab

[1]) vgl. Seuffert's Archiv Bd. 10 1867 No. 51, ferner Annalen der Großh. Badischen Gerichte Jahrg. 13 S. 179 ff. und Jahrg. 14 S. 96; vgl. auch v. Freydorf, Prozeßordn. in bürgerl. Rechtsstreitigk. f. d. Großh. Baden. 1867 S. 263 sowie Zentner, Über Grenzen zw. Justiz u. Verwaltung (Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltg. Bd. 5) 1861 S. 323 mit den dort zitierten Urteilen.

[2]) vgl. Betzinger, Badische Landesgesetze u. Verordn. (Anhang zu Gaupp-Stein) 2. Aufl. 1902 S. 270; v. Freydorf S. 247; Hauser Bd. 5 S. 10; vgl. ferner auch dazu v. Sarwey, Öffentl. Recht u. Verw.-Rechtspfl. 1880 § 3 Anm. 73 und Spohn (Magazin f. bad. Rechtspfl. u. Verwaltg Bd. 5) 1861 S. 50.

(§ 10 l. c.)[1]. Jedoch schon nach kurzer Zeit wurde durch Art. 4 der Schlußbestimmungen zur bürgerlichen Prozeßordnung vom 18. III. 1864, „vorbehaltlich des Rechts zur Einleitung des K. K. im geeigneten Falle“ die Genehmigung bei zivilrechtlicher Verfolgung wieder beseitigt[2].

Als sich dann später von neuem das Bedürfnis zu gesetzlicher Regelung zeigte, beschränkte man sich auf eine Neuordnung der strafrechtlichen Inanspruchnahme der Beamten. Daher bestimmte § 19 des Gesetzes „betr. den Vollzug der Einführung des deutschen Reichsstrafgesetzbuches in dem Großherzogtum Baden“ vom 23. XII. 1871[3]:

„Vorbehaltlich fürsorglicher Maßregeln in eilenden Fällen darf die strafgerichtliche Verfolgung eines öffentlichen Beamten wegen einer amtlichen Handlung nicht eingeleitet werden, bevor die dem Beamten vorgesetzte Dienstbehörde gehört wurde. Hält diese die Verfolgung für nicht gerechtfertigt, so ist eine Entschließung des Staatsministeriums auf Vortrag des Justizministers über die Statthaftigkeit der Verfolgung einzuholen.“

Man gewann durch diese Bestimmung die Möglichkeit, trotz Vorliegens des strafgesetzlichen Tatbestandes die Verfolgung des Beamten zu hemmen, weil sie „ungerechtfertigt“ erschien d. h. weil man sie im Interesse des Ansehens des Amtes vermeiden wollte und die Handlung des Beamten durch ein Disciplinarverfahren ausreichend sühnbar erschien[4]. Darum übertrug man wohl auch das Recht, das Verfahren nicht zu gestatten, gerade dem Staatsministerium. Die Mitwirkung des Justizministers darf man vielleicht auf die Einwirkung des preußischen Rechtes (vgl. oben S. 119) zurückführen.

II. Dies war die Rechtslage in Baden, als § 11 E.-G. z. G. V. G. erlassen wurde; es war also nur die Notwendigkeit einer schließlichen Entscheidung des Staatsministeriums bei straf-

[1]) vgl. Hauser Bd. 5 S. 10; Spohn S. 48—56; 272—284 u. 456 bis 471 sowie Zentner S. 251.

[2]) vgl. Freund, Abschn. 2 Kap. 2 § 4; Betzinger S. 270; Weizel, Das Badische Gesetz v. 5. Okt. 1863. Karlsruhe 1864 § 9 No. 8 sowie Vorentsch. d. badischen V. G. H. v. 1. VII 1902 (Ztschr. f. bad. Verwaltg. und Verwalt.-Rechtspfl. Jahrg. 35 S. 34).

[3]) Ges.-Bl. 1871 S. 431 ff.

[4]) vgl. v. Neubronn a. a. O. S. 364.

gerichtlicher Verfolgung, und auch diese nicht in jedem Falle, vorgesehen[1]). Mit Rücksicht darauf wollte man zunächst in Baden den citierten § 19 als wirkungslos und überflüssig ganz aufheben. Als jedoch in derselben Zeit die Regierung den Kammern einen Gesetzentwurf vorlegte, in welchem sie — es handelte sich um einen Entwurf für ein Kompetenz-Konflikts-Gesetz — die Ansicht aussprach, die bisher erforderliche Genehmigung könne für Civilklagen gegen Beamte jedenfalls durch eine Entscheidung des Kompentenzgerichtshofes ersetzt werden, und als die Kammern sich beide einer solchen Regelung energisch widersetzten, entschloß sich die Regierung dazu, im Anschluß an § 11 E.-G. z. G. V. G. eine Neuregelung der Frage nach der gerichtlichen Inanspruchnahme vorzunehmen[2]). Da ein diese Frage regelnder Gesetzesentwurf nicht mehr zum Abschluß zu bringen war, stellte man zunächst in das Gesetz „die Einführung der Reichsjustizgesetze im Gr. Baden betr." vom 3. III. 1879[3]) folgenden § 161 ein, der nur bis zum 1. III. 1880 gelten sollte[4]):

„Die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung eines Beamten wegen einer in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlung ist im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Dienstbehörde an die in § 11 Abs. 2 Ziff. 1 u. 2 E.-G. z. G. V. G. erwähnte Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofes gebunden."

Eine vorläufig abschließende Regelung der Frage wurde dann, noch kurz vor dem Endpunkt der Wirksamkeit des § 161, durch Art. 9 des Gesetzes „den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betreffend" vom 24. II. 1880[5]) herbei-

[1]) vgl. auch die Rede Miquél's als Berichterstatter über § 11 in Hahn Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2 S. 1448.

[2]) vgl. Näheres bei v. Neubronn a. a. O S. 364—365.

[3]) Ges.- u. Verordn. Bl. f. Großh. Baden 1879 S. 91 ff.

[4]) § 161 beseitigte gleichzeitig die Bestimmung des Art. 7 des Gesetzes „betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen" vom 8. VIII. 1878 (Ges.- u. Verordn. Bl. S. 369 ff.), der im wesentlichen dasselbe wie § 161 sagte, sich jedoch noch nicht über die Befugnis der vorgesetzten Dienstbehörde aussprach.

[5]) Ges.- u. Verordn.-Bl. 1880 S. 29 ff. (Das Gesetz ist in der Anlage abgedruckt.)

geführt, dessen Absatz 1 an Stelle aller bisheriger Gesetze trat und bestimmte[1]):

„Die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung eines Beamten wegen einer in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlung ist im Falle des Verlangens des dem Beamten vorgesetzten Ministeriums an die Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofes gebunden. Das Verlangen kann nur so lange gestellt werden, als in dem gerichtlichen Verfahren ein Endurteil nicht verkündet ist (Str.-Pr. O. § 259, C. P. O. § 272)."

Zu einer letzten Neuordnung, und zwar nur der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Beamten, gab Art. 77 E.-G. z. B. G. B. Anlaß[2]). Art. 5 des Gesetzes „betr. die Ausführung des B. G. B." vom 17. VI. 1899[3]) war bestimmt, diese letzte Regelung zu enthalten. Auf Drängen der Landstände, der Staat solle die Haftung an Stelle der Beamten übernehmen, willigte die badische Regierung in folgende Fassung des Abs. 1 von Art. 5:

„Verletzt ein Beamter des Staates in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft dem Beteiligten gegenüber die im B. G. B. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat."

Dafür kamen die Landstände dann der Regierung entgegen. Diese wollte die Vorentscheidung zu Gunsten der Beamten erhalten wissen, weil sie sich, ebenso wie die preußische Regierung von der Konfliktserhebung (oben S. 45 u. 52), davon einen Schutz vor mutwilligen Angriffen gegen die Beamten versprach[4]). So

[1]) Die aus dieser Zeit stammenden, in den „Jahresberichten des Großh. Badischen Ministeriums des Inneren" pro 1880/1881 und 1882/1883 auf S. 645 f. bezw. 595 citierten Vorentscheidungen vom 22. VI. u 22. VII. 1880 sowie vom 23. I. 1883 sind derartig kurz mitgeteilt, daß sie zu juristischer Ausbeute keine Gelegenheit geben.

[2]) vgl. Dorner Badisches Ausführungsgesetz zum B. G. B. Karlsruhe 1902 S. 64 No. 12b und Vorentsch. d. bad. V. G. H. v. 1. VII. 1902 (Ztschr. f. bad. Verw. u. s. w. 35. Jahrg. S. 33).

[3]) vgl. Ges.- und Verordn.-Bl. f. d. Gr. Baden 1899 S. 229—248. — vgl. ferner auch Glockner Badisches Verfassungsrecht. Karlsruhe 1905 S. 49.

[4]) vgl. Vorentsch. d. bad. V. G. H. v. 23. XII. 1905 (Ztschr. für badische Verw. u. Verwaltungsrechtspflege. 38. Jahrg. Heidelberg 1905 S. 37).

willigten denn die Landstände[1]) in folgende Fassung von Absatz 2 und 3 des Art. 5:

„Soweit nicht die Amtshandlung eines Beamten der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit in Frage steht, ist die nach Abs. 1 zulässige Verfolgung des Staates im Falle des Verlangens des dem Beamten vorgesetzten Ministeriums an die Vorentscheidung des V. G. H. gebunden. Das Verlangen kann nur solange gestellt werden, als in dem gerichtlichen Verfahren ein landgerichtliches Endurteil nicht verkündet ist.

Auf das Verfahren vor dem V. G. H. findet das Gesetz vom 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betreffend[2]), auf die Entscheidung Artikel 11 des Gesetzes vom 24. II. 1880, den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betreffend, Anwendung."

III[3]). Zulässig ist danach in Baden die Vorentscheidung sowohl bei strafrechtlicher (nach dem Gesetz vom 24. II. 1880) als auch bei civilrechtlicher (nach dem Gesetz vom 17. VI. 1899) Inanspruchnahme eines Beamten.

IV[4]). Die Vorentscheidung ist nicht unbedingt erforderlich, wie in Bayern (vgl. S. 178). Sie kann erst dann gefällt werden, wenn, ähnlich wie in Preußen (oben § 15), eine andere Behörde in das Verfahren eingreift und den Antrag auf Vorentscheidung stellt. Das Recht, dieses Verlangen zu stellen, steht dem dem Beamten vorgesetzten Ministerium, und zwar naturgemäß auch gegen den Willen des Beamten, zu. Andere Centralverwaltungsbehörden (wie in Preußen) kommen nicht in Betracht. Welches Ministerium das jeweils vorgesetzte ist, richtet sich nach der in Frage stehenden Diensthandlung und nach der Einteilung des Umfanges der Tätigkeit der Ministerien[5]). Ein beachtenswerter Unterschied zwischen Preußen und Baden besteht insofern, als in Baden ein Antrag auf Vorentscheidung schon dann nicht mehr gestellt werden kann, sobald im Verfahren vor dem ordent-

---

[1]) vgl. Betzinger S. 270 und ausführlich Dorner S. 64 No. 12c.

[2]) Durch die Novelle vom 30. V. 1899 (Ges.- u. Verordn.-Bl. S. 151) mit Rücksicht auf die am 1. I. 1900 eingeführten Neuerungen abgeändert (vgl. Bekanntm. im Ges.- u. Verordn.-Bl. 1899 S. 543).

[3]) und [4]) vgl. schon S. 67 f.

[5]) vgl. auch Dorner S. 65 No. 14a und b.

lichen Gericht ein Endurteil verkündet ist, während in Preußen die Konfliktserhebung erst durch die Rechtskraft des gerichtlichen Urteiles ausgeschlossen wird (oben § 18).

V. Was die Person der in Frage stehenden Beamten anlangt so fällt zunächst in die Augen, daß die Beamten der streitigen[1]) oder freiwilligen Gerichtsbarkeit[2]) einer doppelten Regelung unterliegen: werden sie strafrechtlich verfolgt[3]), so kann die Vorentscheidung verlangt werden[4]), werden sie dagegen civilrechtlich in Anspruch genommen, so fehlt diese Möglichkeit. (Ähnlich Mecklenburg, unten § 35, IV). Die hier in Frage kommenden Beamten „der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit" sind — wie man wohl im Anschluß an Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 24. II. 1880, der ebenfalls bei civilrechtlicher Verfolgung gewisser Beamten die Vorentscheidung nicht zuließ[5]) und diese einzeln aufzählte, annehmen darf — die Richter einschließlich der Bürgermeister

[1]) Als Beamte der streitigen Gerichtsbarkeit kommen neben den Civilrichtern auch die Strafrichter in Betracht. Warum die 2. Kammer die letzteren, wie Dorner S. 65 No. 13d erwähnt, ausgenommen hatte, ist nicht verständlich. — Da ganz allgemein die Beamten der „streitigen," nicht nur die der „ordentlichen streitigen" Gerichtsbarkeit, von der Vorentscheidung beim Civilprozeß ausgenommen sind, so gilt die Ausnahme z. B. auch für die Beamten der Gewerbegerichte u. dergl.

[2]) Zu ihnen gehören nicht die Beamten der Verwaltungsgerichte.

[3]) vgl. z. B. Vorentsch. d. V. G. H. v. 23. XII. 1905 Zeitschr. für badische Verwaltg. u. Verwaltungsrechtspflege 38. Jahrg. S. 36.

[4]) Dies erkennen richtig Meyer-Anschütz § 183 Anm. 10.

[5]) Weil — wie der Kommissionsbericht der 1. Kammer S. 12 hervorhob — durch eine auf diese Weise durchgeführte Erschwerung der Verantwortlichkeit der genannten Beamten gegenüber Privatpersonen eine keineswegs gerechtfertigte Änderung des bestehenden Rechtszustandes herbeigeführt werden würde, die für den öffentlichen Kredit gefährlich sei. Darum schloß sich die Kommission in diesem Punkte einem früheren, nicht Gesetz gewordenen Regierungsentwurf vom 22. Januar 1879 an, in welchem dieselbe Ansicht mit Rücksicht auf den in der Syndikatsklage des gemeinen Rechts zum Ausdruck gelangten Grundsatz vertreten wurde. Diesem Grundsatz gemäß sind nämlich die Gerichte allein berufen, über die Zulässigkeit von Amtshandlungen, die Justizsachen betreffen, zu urteilen, wenn wegen dieser Amtshandlungen die ausübenden Beamten gerichtlich verantwortlich gemacht werden (vgl. Dorner S. 64 No. 13a). vgl. auch Betzinger S. 13; Nadbyl S. 821 u. 826 und Schenkel Das Staatsrecht d. Großh. Baden, in Marquardsen's Handbuch des öffentl. Rechts S. 23).

und deren Stellvertreter (soweit sie richterliche Funktionen in bürgerlichen Rechtssachen ausüben), die Gerichtsnotare, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Standesbeamten und die Mitglieder der Grund- und Pfandbuchbehörden. Aber auch die Staatsanwälte dürften bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes hier mit einzurechnen sein (vgl. ähnlich Bayern S. 180).

Bei allen anderen öffentlichen Beamten sämtlicher Verwaltungszweige, auch bei den mittelbaren[1]) Beamten, ist jedoch die Vorentscheidung zulässig, wenn sie in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung[2]) ihres Amtes sich einer angeblichen Verletzung der Amtspflicht schuldig gemacht haben[3]) d. h. wenn sie in Ausübung staatlicher oder kommunaler Hoheitsrechte gehandelt, also eine Regierungsgewalt ausgeübt haben. Haben sie dagegen nur Rechte ausgeübt, die dem Staat oder Kommunalverband als juristischer Person des Privatrechts zustehen, so kann die Vorentscheidung nicht verlangt werden. Das Gesagte darf in Übereinstimmung mit Preußen und Bayern (oben S. 73 und S. 179) auch für die nur vorübergehend angestellten Beamten gelten, nicht aber für kirchliche Beamte[4]). Daß das Ministerium in Baden die Vorentscheidung zu Gunsten eines Ministers verlangen kann, spricht der V. G. H., wie oben (S. 152) erwähnt, ausdrücklich aus: insofern befindet er sich auch in Übereinstimmung mit dem preußischen O. V. G. (oben § 27).

VI. Das Verfahren vor dem V. G. H. über die Vorentscheidung regelt sich gemäß Art. 5 Abs. 3 des A.-G. z. B. G. B. nach dem Gesetz vom 14. VI. 1884 (oben II). Da auch in Baden die Vor-

[1]) vgl. Vorentsch. d. V. G. H. v. 20. IX. 94 (Rechtsprechg. des Großh. Bad. V. G. H. Bd. 2. S. 335 ff. und Ztschr. f. bad. Verwaltung 27. Jahrg. S. 18).

[2]) Dies dürfte der Wille des Gesetzes sein, trotzdem Art. 5 des A.-G. z. B. G. B. im Gegensatz zu Art. 9 des Ges. v. 24. II. 1880 lediglich von der Ausübung, nicht auch von der Veranlassung der Ausübung spricht. Ein Unterschied dürfte hier kaum angebracht gewesen sein. — „In Veranlassung der Ausübung" des Amtes wird eine Handlung dann vorgenommen, wenn sie zwar nicht mehr Amtshandlung ist, jedoch mit der wirklichen Ausübung der anvertrauten Gewalt in einem gewissen Zusammenhang steht (vgl. v. Schelhorn, Annalen des dtsch. Reiches 1906 S. 461).

[3]) vgl. auch Seng Grundzüge des franz. Civilrechts u. des bad. Landrechts. Halle a/S. 1904 S. 19.

[4]) Seng S. 19.

entscheidung auf Anrufung einer besonderen Behörde hin gefällt wird, so tritt auch hier eine Verschiebung der Parteirollen ein und es wird auch hier der Beamte lediglich beigeladen, was der badische V. G. H. ausdrücklich ausgesprochen hat [1]). Es darf darum hier auf das für Preußen Gesagte (oben § 21) verwiesen werden. Zu bemerken ist jedoch, daß nach Art. 5 Abs. 1 A.-G. z. B. G. B. bei civilrechtlicher Verfolgung des Beamten der Staat die Haftung für den Beamten übernommen hat und daß dann infolgedessen die Vorentscheidung zu Gunsten des Fiskus als des Passivlegitimierten verlangt wird [2]). Dabei prüft entsprechend dem oben (S. 82f.) vertretenen Grundsatze und auch entsprechend der ausdrücklichen Regelung für Bayern (oben S. 181) der V. G. H. gemäß § 11 E.-G. z. G. V. G., ob der Beamte sich der Überschreitung der Amtsbefugnisse schuldig gemacht habe, und spricht dann in seiner Vorentscheidung aus, daß dieser schuldig sei oder nicht.

VII. Wie bereits oben (S. 136) erwähnt, hat sich der badische V. G. H. [3]) im Gegensatz zum preußischen O. V. G. und zum Reichsgerichte bei Fällung der Vorentscheidung im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. nicht auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob objektiv eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliegt, sondern hat auch darüber entschieden, ob ein subjektives Verschulden der Amtsüberschreitung vorliegt, während er die Entscheidung der Frage nach dem strafgerichtlichen Verschulden dem ordentlichen Gericht überlassen hat. Trotz der scharfen Kritik, welche v. Neubronn [4]) dieser Rechtsauffassung hat zuteil werden lassen — er fragt schließlich angesichts der subtilen Unterscheidung zwischen subjektivem und strafgerichtlichem Verschulden: „Was hat denn nun der V. G. H. eigentlich entschieden?“ — ist der V. G. H. bei seiner Entscheidung, die damit motiviert war, daß die Vorentscheidung darüber, ob schuldig oder nicht schuldig, von einem Gerichtshof und nach den Regeln des Rechts zu treffen sei, mit der Begründung verblieben, daß die von ihm vertretene

---

[1]) vgl. die oben S. 126 Anm. 2 und S. 128 Anm. 3 citierten Entscheidungen.

[2]) vgl. z. B. Vorentsch. d. V. G. H. v. 1. VII. 1902 u. 16. I. 1906 (Ztschr. f. bad. Verwaltg. u. s. w. 35. Jahrg. S. 33 und 39. Jahrg. S. 13).

[3]) Vorentsch. v. 20. IX. 1894 (Ztschr. f. bad. Verw. 27. Jahrg. S. 18 ff.).

[4]) In den „Annalen der Großh. Badischen Gerichte“ 60. Jahrg. S. 362 ff. und 379 ff.

Ansicht allein dem Wortlaut des Gesetzes entspreche und anderenfalls § 11 E.-G. z. G. V. G. kaum einen erheblichen Zweck haben würde [1]). Für Preußen haben wir unseren Standpunkt bereits oben (S. 134 ff.) dargelegt: danach ist jedenfalls dort seitens des O. V. G. nur die Frage nach der objektiven Überschreitung der Amtsbefugnisse zu prüfen. Was aber für Preußen gilt, muß hier auch für Baden gelten, denn die Konfliktserhebung in Preußen und die Vorentscheidung in Baden verfolgen gleiche Ziele (oben S. 187) [2]). Abgesehen davon ist der Standpunkt des preußischen O. V. G. vom Reichsgericht anerkannt worden; auch ist, da § 11 E.-G. z. G. V. G. für alle Staaten eine gleiche Behandlung der Vorentcheidung anstrebt, eine übereinstimmende Stellungnahme auch in diesem Punkte durchaus erwünscht. Leider hat der badische V. G. H. bisher nicht wieder Gelegenheit gehabt, sich prinzipiell über die Frage auszusprechen: in der Vorentscheidung vom 1. Juli 1902 [3]) war eine Stellungnahme nicht erforderlich, da schon die Frage nach der objektiven Amtspflichtverletzung zu verneinen war, und die Bemerkung in der Vorentscheidung vom 23. Dezember 1905 [4]), es gehöre nicht zur Aufgabe des V. G. H., darüber zu entscheiden, ob durch das Verhalten des Beamten strafrechtliche Wirkungen entstanden seien, kann ebenfalls mit Rücksicht auf die frühere Stellungnahme des V. G. H. keinen Anhalt dafür geben, daß derselbe etwa seine Ansicht geändert hätte.

Was die Wirkung der Vorentscheidung anlangt, so bestimmt Art. 5 Abs. 3 des A.-G. z. B. G. B., daß Art. 11 des Gesetzes vom 24. II. 1880 Anwendung finden solle. Danach ist aber in Übereinstimmung mit § 3 Satz 2 des preußischen Konfliktsgesetzes eine

[1]) vgl. Nachtrag in der Ztschr. f. bad. Verw. 27. Jahrg. S. 24.

[2]) Daß das preußische Konfliktsgesetz dem badischen Gesetzgeber zum Vorbild diente, geht daraus hervor, daß die Art. 9—14 des Gesetzes vom 24. II. 80 (mit den durch §§ 147 u. 148 des Beamtengesetzes von 1888 getroffenen Modifikationen abgedruckt bei Betzinger S. 13) fast wörtlich mit den §§ 2—5 des preuß. Konfliktsgesetzes übereinstimmen, soweit natürlich nicht durch § 11 E.-G. z. G. V. G. Änderungen bedingt waren. Interessant für das preuß. Vorbild ist auch, daß der badische V. G. H. in seinem Erkenntnis v. 20. IX. 1894 (Ztschr. f. bad. Verw. 27. Jahrg. S. 18 ff.) des öfteren von erhobenem „Konflikt“ spricht, trotzdem dieser Ausdruck der badischen Gesetzessprache jedenfalls nicht bekannt ist.

[3]) Ztschr. f. bad. Verwalt. 35. Jahrg. S. 35.

[4]) Ztschr. f. bad. Verwalt. 38. Jahrg. S. 37.

die Schuld des Beamten verneinende Vorentscheidung für das ordentliche Gericht bindend, während die Bejahung der Schuld nicht präjudizierlich ist (vgl. hierzu das für Bayern S. 183 Gesagte).

Die Kostenfrage ist in Baden anders geregelt als in Preußen. Nach Art 11 Abs. 3 des Gesetzes vom 24. II. 1880 hat nämlich eine die Schuld des Beamten bejahende Vorentscheidung zur Folge, daß die Kosten, die dem Gegner des Beamten durch das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erwachsen, aus der Staatskasse ersetzt werden, während nach §§ 114 und 113 Abs. 5 L. V. G. in Preußen die den Parteien erwachsenen Kosten in keinem Falle erstattet werden. Dafür ist aber in Preußen das Verfahren vor dem O. V. G. gebührenfrei (oben S. 131). Im übrigen entscheidet der V. G. H. darüber, wer die Kosten der Vorentscheidung zu tragen hat.

§ 33. Hessen.

I. Die Rechtslage hat sich in den einzelnen Landesteilen Hessen's verschieden entwickelt:

1. In Rheinhessen d. h. in den links des Rheines gelegenen Landesteilen, welche im Wiener Kongreß an Hessen fielen [1]), galt (vgl. auch Bayern, § 31, und Elsaß-Lothringen, § 35) Art. 75 der Konstitution vom 22. frimaire VIII [2]) (oben S. 22). Dort bestand also der Grundsatz der Notwendigkeit einer vorherigen Entscheidung des französischen Staatsrates, bevor Beamte wegen Amtsüberschreitung vor Gericht gezogen werden konnten, es hing die gerichtliche Inanspruchnahme eines Beamten sowohl im Wege des Civilprozesses als auch des Strafprozesses (S. 25) von der in das freie Ermessen gestellten Genehmigung einer Verwaltungsbehörde ab. Auch nachdem das linke Rheinufer wieder an Deutschland zurückgefallen war, fand in diesem Zustande, abgesehen davon, daß an Stelle des französischen Staatsrates das Hessische Geheime Staatsministerium trat, bis zum Jahre 1820 keine Änderung statt [3]). Durch die Bestimmungen des Art. 23 des „Ediktes über

[1]) vgl. Art. 47 der Kongreßakte (Fleischmann Völkerrechtsquellen 1905 S. 11).

[2]) vgl. auch Erk. v. 25. X. 1850 (Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 309).

[3]) vgl. Eigenbrodt Verhältnis der Gerichte zur Verwalt. im Großh. Hessen. Darmstadt 1840 S. 49: Freund Abschn. 2 Kap. 2 § 5 und Hauser Bd. 5 S. 10.

die öffentlichen Dienstverhältnisse der Civilstaatsbeamten“ vom 12. April 1820[1]) wurde dann, allerdings nur für den Strafprozeß[2]), eine Neuordnung vorgenommen. Art. 23 lautete:

„Bei Anschuldigung oder Verdacht einer Amtsverletzung hat das vorgesetzte Kolleg, mit dem Rechte einstweiliger Suspension vom Dienst, die vorläufige Untersuchung. Zum Behufe derselben sind die Verwaltungskollegien berechtigt, eidliche Zeugnisse zu fordern. Der Erfolg dieser Untersuchung ist Erklärung der Unschuld oder Erkennung einer Disciplinarstrafe oder, wenn entweder eine höhere Strafe zu erkennen oder gerichtliche Spezialuntersuchung (Versetzung in den Anklagestand) notwendig ist, Stellung vor Gericht, womit stets Suspension vom Dienst und Gehalt verbunden ist.“

Den von Hauser geäußerten Zweifeln, ob es sich bei der durch vorstehende Bestimmung dem vorgesetzten Kolleg zugeschriebenen Tätigkeit um eine Vorentscheidung oder um eine bloße Verfügung über die Eröffnung der Hauptverhandlung handelte, stehen die Ansichten von Eigenbrodt[3]) und Freund[4]) gegenüber, welche sich beide für das Vorliegen einer Vorentscheidung erklären. Letzterer Ansicht ist beizutreten, und zwar schon darum, weil ja nach Art. 23 die eine der für die Entschließung des vorgesetzten Kollegs zugelassenen drei Möglichkeiten die „Erkennung“ einer Disziplinarstrafe, also eine wirkliche Entscheidung war. Es ist, wenn man dies beachtet, nicht anzunehmen, daß die beiden anderen zulässigen Entschließungen, nämlich Erklärung der Unschuld und Stellung vor Gericht, etwas Anderes als eine Entscheidung darstellen sollten. Da demnach die Tätigkeit des Gerichts von einem vorherigen Erkenntnis einer Verwaltungsbehörde abhing, so handelte es sich also bei der Tätigkeit der letzteren um eine wirkliche Vorentscheidung. Auch die hessischen obersten Gerichtshöfe scheinen derselben Auffassung gewesen zu sein, wie die bei Eigenbrodt[5]) abgedruckten Entscheidungen zeigen.

In Rheinhessen war also vom Jahre 1820 an die Rechtslage die, daß eine civilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten von der

[1]) vgl Regierungsblatt 1820 S. 189.

[2]) vgl. Cosack Das Staatsrecht des Großh. Hessen (Hdbch. d. öffentl. Rechts III: I, 4) 1894 § 23 mit der dort citierten Literatur.

[3]) S. 66.

[4]) S. 421.

[5]) S. 67—72.

Genehmigung des Geh. Staatsministeriums abhing, während eine Verfolgung im Wege des Strafprozesses die Vorentscheidung des vorgesetzten Kollegs voraussetzte. Genehmigung wie Vorentscheidung waren beide unbedingt erforderlich.

2. Anders lagen die Verhältnisse in den rechts des Rheines gelegenen hessischen Landen d. h. in Starkenburg, welches unmittelbar an die linksrheinischen Besitzungen angrenzt, und in dem hiervon durch preußisches Gebiet getrennten Oberhessen. Hier fehlte es zunächst überhaupt an jeder gesetzlichen Regelung der Frage, sodaß also die Verfolgbarkeit der Beamten in keiner Weise beschränkt war. Durch die bereits erwähnten Bestimmungen der Dienstpragmatik von 1820, welche für ganz Hessen galten, wurde jedoch in strafrechtlicher Beziehung eine übereinstimmende Regelung der links- und der rechtsrheinischen Verhältnisse geschaffen. Auch in Starkenburg und Oberhessen war also vom Jahre 1820 an die strafgerichtliche Verfolgung der Beamten unbedingt an die Vorentscheidung des vorgesetzten Kollegs gebunden, während die civilrechtliche Inanspruchnahme[1]) im rechtsrheinischen Hessen niemals beschränkt war.

II. Zur Zeit der Reichsjustizgesetzgebung entwickelte auch die hessische Gesetzgebung eine lebhafte Tätigkeit, um die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften mit dem Reichsrecht, der Bestimmung des § 11 E.-G. z. G. V. G., in Einklang zu bringen[2]). Zunächst wurde durch Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes „die Ausführung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes betreffend“ vom 3. Sept. 1878[3]) Folgendes bestimmt.

„Dem Verwaltungsgerichtshof steht ferner die Vorentscheidung darüber zu, ob ein öffentlicher Beamter wegen einer in Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlung, insoweit die Verfolgung an die Vorentscheidung der vorgesetzten Behörde gebunden ist, sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.“

---

[1]) vgl. Erk. des Oberappellations- und Kassationsgerichtes zu Darmstadt v. 1. Dezbr. 1865 in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 20 S. 800 (alte Ausgabe).

[2]) vgl. Nadbyl S. 821 und v. Stengel Lehrb. d. dtsch. Verw.- R. S. 258.

[3]) Großh. Hessisches Regier.-Bl. v. 1878 S. 103.

In Anlehnung an diese Bestimmung wurde durch Art. II des Gesetzes „die Bildung und Zuständigkeit des obersten Verwaltungsgerichtes betreffend“ vom 16. April 1879 [1]) die Tätigkeit des durch das unten erwähnte Gesetz v. 11. I. 1875 gebildeten V. G. H. im Falle einer Vorentscheidung näher bestimmt [2]). Danach soll in Hessen in denjenigen Fällen, in denen nach dem bestehenden Rechte ein Beamter nur nach der Vorentscheidung einer besonderen Behörde verfolgt werden kann, der V. G. H. die Vorentscheidung darüber treffen, ob der Beamte sich der Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat. Der V. G. H. wird jedoch nur auf Verlangen des dem Beamten vorgesetzten Ministeriums [3]) tätig, welches die erwachsenen Akten dem V. G. H. mit dem ausdrücklichen Verlangen einer Vorentscheidung übersenden muß [4]). Daß ein Verfahren wegen Amtsüberschreitung gegen den Beamten schwebt, erfährt das Ministerium durch das ordentliche Gericht bezw. durch die Staatsanwaltschaft, woraufhin das Ministerium Beschluß zu fassen hat, ob eine Vorentscheidung verlangt werden soll oder nicht. Bis zur Entschließung des Ministeriums, eine Vorentscheidung nicht verlangen zu wollen, im entgegengesetzten Falle aber bis zu erfolgter Vorentscheidung, haben sich Gericht und Staatsanwaltschaft jeden weiteren Vorgehens zu enthalten; nur unverschiebliche einstweilige Verfügungen dürfen erlassen werden. Das Verfahren vor dem V. G. H. selbst, der sich aus 4 richterlichen und 3 Verwaltungsbeamten zusammensetzt, regelt sich nach dem Gesetz „betr. das oberste Verwaltungsgericht“ vom 11. Januar 1875 [5]) [6]).

[1]) vgl. ebenda 1879 S. 131.

[2]) vgl. dazu Erk. d. R. G. in Strafs. v. 24. V. 1897 Bd. 30 S. 126 ff.

[3]) Nicht etwa — wie die Motive des Ges. v. 16. IV. 79 [Beilage No. 85 der Verh. d. 2. Kammer des 23. Landt. (1879 1881) S. 4] ausdrücklich hervorheben — auch auf Verlangen des Beamten (vgl. Küchler-Braun-Weber Verf.- u. Verw.-Recht d. Großh. Hessen. Darmstadt 1894 Bd. 2 § 276). Letzeres verbietet sich darum, weil das Gesetz durch die Vorentscheidung den Rechtsweg gegen den Beamten verschließen, nicht etwa dem Beamten den Rechtsweg eröffnen will.

[4]) vgl. dazu Küchler-Dietz Verwaltungsgesetzgebung im Großh. Hessen. 2. Aufl. Darmstadt 1885 § 273.

[5]) Großh. Hess. Regier.-Bl. 1875 S. 45.

[6]) vgl. auch die Darstellung des Verfahrens bei Küchler-Braun-Weber Bd. 2 § 276 mit einer (übrigens keineswegs erschöpfenden) Aufzählung der veröffentlichten Vorentscheidungen des V. G. H.

1.) Diese Neuregelung sollte, wie gesagt, nur für diejenigen Fälle gelten, in denen „nach dem bestehenden Rechte ein Beamter nur nach der Vorentscheidung einer besonderen Behörde verfolgt werden“ konnte. Eine solche Vorschrift bestand aber, wie oben gezeigt, sowohl im rechtsrheinischen wie im linksrheinischen Hessen für den Fall der strafrechtlichen Verfolgung eines Beamten, während bei civilrechtlicher Inanspruchnahme links des Rheines die Genehmigung des Ministeriums erforderlich war, rechts des Rheines dagegen eine Beschränkung nicht bestand. Die Bestimmungen der Gesetze von 1878 und 1879 bezogen sich also nur auf den Fall der strafrechtlichen Verfolgung eines Beamten. Der hessische Verwaltungsgerichtshof hat allerdings[1]) einen anderen Rechtsstandpunkt vertreten, indem er die Bestimmungen des Gesetzes von 1879 als auch auf die civilrechtliche Verfolgung anwendbar erklärt hat. Er begründet seine Ansicht damit, daß Art. II. des genannten Gesetzes ganz allgemein von der Verfolgung eines Beamten spreche, ohne einen Unterschied zwischen straf- und civilrechtlicher Verfolgung zu machen. Auch seien innere Gründe vorhanden, die diese Annahme rechtfertigten, denn Art. II wolle gegen chikanöse Verfolgungen schützen, ein Civilprozeß sei aber oft lästiger als ein Strafprozeß. Schließlich weist der V. G. H. nach, daß diese seine Annahme der tatsächlichen Rechtsübung in Hessen entspreche. Die beiden erstgenannten Argumente tragen in den Wortlaut des Art. II, der ausdrücklich nur auf diejenigen Fälle Anwendung finden will, in denen nach dem bestehenden Rechte eine Vorentscheidung erfordert wird, etwas hinein. Das letzte Argument dagegen verkennt, daß die Rechtsübung nicht ohne weiteres schon als „bestehendes Recht“ angesehen werden kann. Wieder anderer Ansicht sind Cosack[2]), Freund[3]) und Meyer-Anschütz[4]). Ersterer meint, die Be-

[1]) vgl. dessen Erk. v. 15. XI. 1882 (Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge Bd. 13 S. 390 und Zeitschr. für Staats- und Gemeindeverwaltung im Groß. Hessen 7. Jahrgang S. 137 und 146), v. 28. II. 1885 (in der genannten Zeitschrift 10. Jahrgang S. 157) und v. 3. II. 1892 (ebendort 17. Jahrgang S. 11). Dieser Ansicht hat sich auch Best Hessische Gesetze z. Ausführg. d. B. G. B. Abt. II. Mainz 1900 S. 55 angeschlossen

[2]) § 23 a. a. O.

[3]) 2. Abschn., 2. Kap., § 5 am Ende.

[4]) § 183 Anm. 11.

stimmungen des Art. 2 fänden nur in Rheinhessen Anwendung, weil nur dort „die Klagerhebung an die Erlaubnis der vorgesetzten Behörde gebunden" sei, Freund dagegen will, ohne eine Begründung zu geben, die Vorentscheidung nur für die strafrechtliche Verfolgung im nichtrheinischen Hessen zulassen, Meyer-Anschütz schließlich, ebenfalls ohne Begründung, für die straf- und civilrechtliche Verfolgung in Rheinhessen und für die strafrechtliche Verfolgung im übrigen Hessen. All diesen Ansichten kann jedoch nicht beigepflichtet werden: Cosack und Meyer-Anschütz verwechseln ganz offensichtlich die Genehmigung, die Erlaubnis des Geh. Staatsministeriums, welche für die civilrechtliche Verfolgung in Rheinhessen bestand (vgl. oben I), mit der Vorentscheidung, von welcher allein Art. II des Gesetzes von 1879 spricht, während die Ansicht von Freund bei seiner unklaren Darstellung des hessischen Rechtes unverständlich ist.

Welche von den 5 genannten verschiedenen Ansichten die richtige ist, ist heute für die Praxis allerdings unerheblich; denn Hessen hat zur endgültigen Regelung der gerichtlichen Verfolgbarkeit der Beamten noch einmal den Weg der Gesetzgebung beschritten.

2.) Durch Art. 77 des Gesetzes „die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches betreffend" vom 17. Juli 1899[1]) nämlich ist die Sachlage in Hessen in unzweideutiger Weise geregelt worden, indem bestimmt wurde:

„Ein Beamter des Staates, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes kann wegen einer Handlung, die er in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung[2]) seines Amtes vorgenommen hat, civil- oder strafrechtlich erst verfolgt werden, nachdem entweder von dem Verwaltungsgerichtshofe Vorentscheidnug dahin getroffen worden ist, daß der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer Amtshandlung schuldig gemacht hat, oder das dem Beamten vorgesetzte Ministerium erklärt hat, daß eine solche Vorentscheidung nicht verlangt werde. Es gilt als Verzicht des Ministeriums auf eine Vorentscheidung, wenn das Ministerium nicht innerhalb eines

[1]) Großh. Hess. Reg.-Bl. 1899 S. 133.

[2]) vgl. hierzu S. 190 Anm. 2.

Monats, nachdem ihm ein darauf gerichteter Antrag des Beschuldigten zugegangen ist, die Vorentscheidung beantragt.“

III [1]). Danach ist jetzt die Vorentscheidung sowohl im rechts- wie im linksrheinischen Hessen in gleicher Weise bei straf- und bei civilrechtlicher Inanspruchnahme eines Beamten zulässig, im letzteren Falle gleichgültig. ob eine positive Leistung verlangt oder auf Unterlassung geklagt wird. Nur muß der Beamte in Überschreitung der Amtsbefugnisse gehandelt haben. Eine solche liegt auch dann vor, wenn der Beamte zwar auf Befehl seines Vorgesetzten handelte, wenn das Gesetz aber die Handlung ausdrücklich verbietet; Gehorsam darf nie blinder Gehorsam sein [2]). Im übrigen kann der Beamte einer Verantwortlichkeit nur dann überhoben werden, wenn ein dienstlicher Befehl des Vorgesetzten vorliegt, dem er gehorchen muß: jedoch macht ihn das bloße Einverständnis des Vorgesetzten nicht straffrei [3]). Wird die Handlung aus Irrtum bei der Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse vorgenommen, so liegt eine Überschreitung der Amtsbefugnisse nicht vor [4]). Dagegen stellen sich die aus Irrtum über das objektive Recht vorgenommenen Handlungen, selbst wenn der Irrtum noch so entschuldbar war, wieder als Amtsüberschreitungen dar [5]).

IV [6]). Die Vorentscheidung ist aber nicht nur zulässig. sondern unbedingt erforderlich; erst wenn sie vorliegt, ist eine Inanspruchnahme des Beamten möglich. Jedoch kann das Ministerium, welches dem Beamten vorgesetzt ist, erklären, daß es eine Vorentscheidung nicht verlange [7]). Dann ist dieselbe nicht nötig. Dem steht folgender Fall gleich: ist dem Ministerium ein Antrag des Beamten zugegangen, die Vorentscheidung zu beantragen, und beantragt es diese trotzdem innerhalb Monatsfrist nicht, so gilt dies als Verzicht auf die Vorentscheidung und dann

---

[1]) vgl. schon oben S. 67.

[2]) vgl. auch Pr. Verwalt. Bl. 4 S. 192.

[3]) Pr. Verwalt. Bl. 21 S. 216.

[4]) vgl. auch Entsch. d. preuß. O. V. G. Bd. 8 S. 414; Bd. 14 S. 425; Bd. 15 S. 448; Bd. 32 S. 443; Pr. Verwalt. Bl. 20 S. 158.

[5]) vgl. auch Entsch. d. preuß. O. V. G. Bd. 14 S. 431; Bd 15 S. 450; Bd. 19 S. 449; Bd. 23 S. 422 und Pr. Verw. Bl. 15 S. 135.

[6]) vgl. schon oben S. 68.

[7]) Dies ist eine Erinnerung an die frühere Regelung (oben II), wonach die Vorentscheidung nur auf Verlangen des Ministeriums gefällt wurde.

ist sie ebenfalls nicht erforderlich. Liegen aber diese besonders vorgesehenen Fälle nicht vor, so ist die Vorentscheidung prozessual Voraussetzung für die richterliche Entscheidung. Man kann darum aber nicht etwa sagen, daß die Vorentscheidung „Prozeßvoraussetzung“ in dem üblichen Sinne wäre. Für den Civilprozeß käme höchstens als Einrede, die aus dem Fehlen der Vorentscheidung abgeleitet werden könnte, die der Unzulässigkeit des Rechtsweges in Betracht: aber auch diese trifft nicht zu, da nach § 11 E.-G. z. G. V. G. die Vorentscheidung garnicht die Zulässigkeit des Rechtsweges zum Gegenstande hat. Für den Strafprozeß kann man die Vorentscheidung lediglich als eine besondere Voraussetzung ansprechen, die in gewissen Fällen neben den allgemein erforderten Prozeßvoraussetzungen vorliegen muß. Wird also gegen den Beamten ein Prozeß anhängig gemacht, ohne daß das Erfordernis der Vorentscheidung beachtet worden ist, so kann man nur sagen, daß der Beamte hieraus eine besondere Prozeßeinrede herleiten kann (vgl. ausführlich oben S. 107 ff.).

Die Verjährung des Klaganspruches gegen den Beamten wird gemäß § 210 B. G. B. durch Einreichung eines Gesuches an den V. G. H., er möge die Vorentscheidung treffen, in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen, wenn die Klage binnen 3 Monaten nach Fällung der Vorentscheidung erhoben wird (vgl. auch S. 112 f.). Ebenso ruht gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 Str. G. B. die Verjährung für eine Straftat bis zur Beendigung des Verfahrens vor dem V. G. H.

V. Was die in Frage kommenden Beamten anlangt, so berechtigt die allgemeine Fassung des Art. 77 A.-G. z. B. G. B. zu der Behauptung, daß die Vorentscheidung für alle öffentlichen Beamten sämtlicher Verwaltungszweige, auch für die richterlichen und anderen Justizbeamten, erforderlich ist, ebenso für die mittelbaren und, wie man wohl in Übereinstimmung mit Preußen, Bayern und Baden (oben S. 190) annehmen darf, auch für die nur vorübergehend angestellten Beamten. Die Beantwortung der Einzelheiten richtet sich im übrigen nach dem besonderen Beamtenrecht Hessens. Die Beamten müssen sich einer angeblichen Verletzung der Amtspflicht schuldig gemacht haben, während sie in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung[1]) ihres Amtes sich befanden.

[1]) hierzu vgl. oben S. 190 Anm. 2.

Die Vorentscheidung kann also nicht in Betracht kommen, wenn die Beamten Rechte ausgeübt haben, die dem Staat oder Kommunalverband als juristischer Person des Privatrechts zustehen, sondern nur wenn sie in Ausübung staatlicher oder kommunaler Hoheitsrechte gehandelt haben.

VI. Was das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe anlangt, so gelten die Vorschriften der Gesetze vom 11. I. 1875 und 16. IV. 1879 noch weiter fort[1]) und natürlich ebenso die diesen gesetzlichen Bestimmungen in der hessischen Rechtsprechung zuteil gewordene Auslegung. Eine Verschiebung der Parteirollen wie in Preußen (oben § 21) und Baden (S. 191) tritt im Verfahren vor dem V. G. H. nicht ein: denn es greift nicht, wie dort, ein Dritter in den Prozeß ein, sondern die Vorentscheidung ist gesetzlich erforderlich, außer wenn unter besonderen Umständen darauf verzichtet wird. Der Beamte ist also als Beklagter oder Angeklagter zu laden.

VII. Wie bereits oben (S. 136) erwähnt, hat sich der hessische V. G. H., wenn er im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. die Vorentscheidung fällt, auf den Standpunkt gestellt, daß er nicht nur die Frage der objektiven Überschreitung der Amtsbefugnisse zu prüfen habe, sondern daß auch subjektive Ausschließungsgründe in Betracht zu ziehen seien[2]). Damit steht der hessische V. G. H. im Gegensatz zu der Ansicht des preußischen O. V. G., die auch vom Reichsgericht gebilligt ist und der wir uns aus den oben (S. 134 ff.) angegebenen Gründen anschließen: danach hat der V. G. H. lediglich die Frage zu prüfen, ob objektiv eine Amtsüberschreitung vorliegt. Mit Rücksicht darauf, daß § 11 E.-G. z. G. V. G. eine gleichmäßige Regelung der Vorentscheidung für alle Staaten bezweckt, würde es wünschenswert sein, daß auch der hessische V. G. H. seine Vorentscheidung in der genannten Weise beschränkte.

Die Wirkung der Vorentscheidung dagegen ist nach der Rechtsprechung[3]) des hessischen V. G. H. die gleiche wie in

---

[1]) vgl. auch Best Abt. II S. 55.

[2]) vgl. Entsch. v. 3. II. 1892 (Zeitschr. f. Staats. u. Gemeindeverwaltg. f. d. Gßhtm. Hessen 17. Jahrg. S. 11).

[3]) vgl. Vorentsch. d. hess. V. G. H. v. 23. III. 81, 21. III. 88 und 30. XII. 91 (Ztschr. f. Staats- u. Gemeindeverwaltg. 6. Jahrg. S. 11 f., 13. Jahrg. S. 25 u. 16. Jahrg. S. 161).

Preußen (oben S. 142). Eine die Schuld des Beamten verneinende Vorentscheidung ist für das Gericht verbindlich und enthebt den Beamten jeder Verfolgung, eine die Schuld bejahende Vorentscheidung dagegen ist für das Gericht nicht präjudizierlich.

---

2. Kapitel.

Staaten, in denen das Reichsgericht die Vorentscheidung trifft.

§ 34. Vorbemerkungen.

I. Nach § 11 Abs. 2 E.-G. z. G. V. G. ist das Reichsgericht zur Vorentscheidung in denjenigen Landesteilen berufen, in welchen nach Landesrecht im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt die Vorentscheidung einer besonderen Behörde erforderlich ist, ein oberster Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht besteht. Diese Voraussetzungen treffen für Mecklenburg-Schwerin[1]. Mecklenburg-Strelitz[1]) und für Elsaß-Lothringen[2]) zu. In den beiden erstgenannten Landesteilen ist die Vorentscheidung dem Reichsgericht durch § 3 der Verordnungen vom 5. Mai 1879[3]) noch ausdrücklich zugewiesen worden, in Elsaß-Lothringen folgt dasselbe lediglich aus dem Fehlen eines obersten Verwaltungsgerichtshofes. Es besteht ja zwar in den Reichslanden eine oberste Instanz für die Verwaltungsrechtsprechung, indem gemäß § 8 des Gesetzes „betr. die Einrichtung der Verwaltung“ vom 30. Dezember 1871[4]) die dem Oberpräsidenten beigegebenen Räte ein Kollegium mit dem Namen „Kaiserlicher Rat in Elsaß-Lothringen“ bilden, um die dem Staatsrat bezw. dem Oberpräsidenten zugewiesenen Verrichtungen wahrzunehmen, „soweit dieselben die Rekurse gegen die Entscheidungen der Bezirksräte in streitigen Sachen betreffen.“ Jedoch ist dieses Kollegium kein oberster Verwaltungsgerichtshof im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G.,

---

[1]) Seit 1. Oktober 1879 (vgl. Näheres unter § 35).

[2]) Seit 1. Januar 1900 (Näheres § 36).

[3]) Beide Verordnungen lauten gleich (vgl. Reg.-Bl. f. Meckl.-Schwerin S. 101 u. Offiziell. Anzeiger für Meckl.-Strelitz S. 137).

[4]) Ges.-Bl. f. Els.-Lothr. 1872 S. 49.

da er nur für einige Angelegenheiten der Verwaltung oberster Gerichtshof ist, auch jeder verfassungsmäßigen Garantie entbehrt und darum eben nur der Ersatz eines alle Verwaltungsangelegenheiten umfassenden Verwaltungsgerichtshofes sein kann[1]). Danach steht die Zuständigkeit des Reichsgerichts auch für Elsaß-Lothringen unbedenklich fest[2]).

II. Wenn nun das Reichsgericht für die genannten Länder im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. tätig wird, so wird die Entscheidung von einem einzelnen Senate gefällt. Daß etwa eine Entscheidung des Plenums des Reichsgerichts oder der vereinigten Senate in Frage kommen könne, hat das Reichsgericht selbst verneint[3]).

Die Beantwortung der Frage, welches Verfahren vor dem Reichsgericht zur Anwendung zu bringen sei, mußte man bei dem gänzlichen Mangel jeder gesetzlichen Vorschrift dem entscheidenden Senat überlassen[4]). Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß allein das in der Civil- bezw. Strafprozeßordnung verordnete Verfahren zur Anwendung zu bringen sei, da für das Reichsgericht durch die neue Prozeßgesetzgebung eine prozessuale Rechtseinheit im ganzen Deutschen Reich geschaffen worden sei. Auf der anderen Seite aber sei es mit Rücksicht darauf, daß es sich nur um eine Vorentscheidung handele, die außerdem nur einen Teil der gerichtlichen Entscheidung bilde, dem Ermessen des Reichsgerichtes überlassen, noch tatsächliche Ermittelungen anzustellen oder nicht, und ebenso, eine mündliche Verhandlung stattfinden zu lassen oder nicht. Es sei jedenfalls nicht gezwungen, in Gestalt einer mündlichen Verhandlung die Grundlage für ein wirkliches Urteil zu schaffen, und brauche sich nur in Form eines Beschlusses zu äußern[5]). Dem entsprechend ist die „Vor-

---

[1]) vgl. die näheren Ausführungen in den Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 52 S. 108 und bei Foertsch No. 36.

[2]) Ebenso Althoff-Foertsch zu Art. 75 Constit. v. 22. frim. VIII: Leoni in Marquardsen's Handbuch Bd. 2 S. 252; Kisch Els.-Lothr. Landesprivatrecht (Ergänzungsband II zu Dernburg's Bürg. Recht) Halle a/S. 1905 S. 349; Michaelis S 180; Nadbyl S. 821 u. 826; v. Sarwey Öffentl. Recht § 18 u. Entsch. d. R. G. in Civils. v. 10. VI. 81 Bd. 5 S. 48 ff.

[3]) vgl. Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 16 S. 198.

[4]) vgl. Keller S. 255-258.

[5]) vgl. Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 16 S. 200-201.

entscheidung“ des Reichsgerichts im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. bisher stets durch einen Beschluß ausgesprochen worden[1]).

III. Ebenso wie das preußische O. V. G., nimmt auch das Reichsgericht an, daß es zur Feststellung der Frage, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht habe, sich auf die Prüfung zu beschränken habe, ob der Beamte objektiv seine Amtsbefugnisse überschritten hat[2]). Infolgedessen bleibt es den mecklenburgischen und elsaß-lothringischen Landesgerichten überlassen, die Frage nach dem subjektiven Verschulden des Beamten, nach Vorsatz und Fahrlässigkeit, zu beantworten.

Ob der Beschluß des Reichsgerichts für die ordentlichen Gerichte bindend ist oder nicht, ist bei der gesetzlichen Regelung der Vorentscheidung durch die Landesgesetzgebung weder in Elsaß-Lothringen noch in Mecklenburg bestimmt worden. Die Entscheidung der Frage bleibt also der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Wenn das Reichsgericht[3]) sagt: „ . . . . . im vorliegenden Falle kommt . . . . in Betracht, daß es sich bei der Entscheidung aus § 11 E.-G. z. G. V. G. . . . . um eine Vorentscheidung handelt, deren bejahender Ausfall der dann eintretenden Verhandlung und Definitiventscheidung nicht präjudiziert . . . . . “, so berechtigt dies zu der Annahme, daß das Reichsgericht für seinen Beschluß dieselbe Tragweite beansprucht, wie sie durch § 3 des Konfliktsgesetzes in Preußen dem Urteil des O. V. G. zugewiesen wird, indem man e contrario folgern kann, daß der verneinende Ausfall der Vorentscheidung für die Definitiventscheidung präjudizierlich sein soll. Aus den oben (§ 25) entwickelten Gesichtspunkten darf man der rechtlichen Auffassung des Reichsgerichts zustimmen.

Hinsichtlich der Kosten der Vorentscheidung unterscheidet sich die vom Reichsgericht gefällte Vorentscheidung von der vom

---

[1]) Für Elsaß-Lothringen sind in der offiziellen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen folgende veröffentlicht worden: Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 52 S. 107, in Strafs. Bd. 16 S. 197 und Bd. 32 S. 322, ferner Jur. Zeitschr. f. Els.-Loth. Bd. 25 S. 406 und Bd. 28 S. 210; für die Großherzogtümer Mecklenburg nur Rechtspr. d. R. G. in Strafs. Bd. 10 S. 385.

[2]) vgl. den oben S. 136 Anm. 2 citierten Beschluß des R. G. in der Rechtsprechung des R. G. in Strafs. Bd. 10 S. 385.

[3]) Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 16 S. 201.

preußischen O. V. G. gefällten dadurch, daß die letztere nach §§ 114 und 113 Abs. 5 L. V. G. gebührenfrei ist, während die erstere dies nur dann sein könnte (vgl. § 98, 3 G. K. G.), wenn die Befreiung von Gebühren durch Kaiserliche Verordnung unter Zustimmung des Bundesrates gewährt worden wäre. Dies ist jedoch in der wegen Gebührenfreiheit ergangenen Verordnung vom 24. Dezbr. 1883[1]) nicht geschehen[2]). Infolgedessen wird also in jedem Beschluß ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, wer die Kosten des Verfahrens vor dem Reichsgericht zu tragen hat. In erster Linie gelten die Bestimmungen der C. P. O. und Str. Pr. O. über Prozeßkosten. In Ergänzung derselben wird man aber als allgemeinen Grundsatz für die Verteilung der Kosten die in § 89 des Gerichtskostengesetzes enthaltene Bestimmung ansprechen dürfen, wonach in Ermangelung eines anderen Schuldners derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen ist.

IV. Für die beiden Mecklenburg sowie für Elsaß-Lothringen ist schließlich noch in gleicher Weise eine bereits oben (§ 12, I) erwähnte Streitfrage bedeutsam, die sich an § 11 Abs. 2 Ziff. 2 E.-G. z. G. V. G. knüpft und die Frage zum Gegenstande hat, ob mit Rücksicht auf das Wort „besteht" das Reichsgericht seine Zuständigkeit bewahren würde, wenn in den genannten Ländern neuerdings ein oberster Verwaltungsgerichtshof geschaffen werden sollte. Meint man, daß sich das Wort „besteht" lediglich auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 11, d. h. auf den 1. Oktober 1879, bezieht, so muß man die Frage verneinen, während sie zu bejahen ist, wenn dem Worte auch für die Zukunft eine Bedeutung beizulegen ist. Die Ansichten in der Literatur sind darüber geteilt. Eine große Anzahl Schriftsteller verneint die Frage, weil die dem Reichsgericht durch Reichsgesetz übertragene Zuständigkeit ohne ausdrückliche Genehmigung des Reichsgesetzes durch die Landesgesetzgebung nicht aufgehoben werden könne[3]).

---

[1]) vgl. R.-G.-Bl. 1884 S. 1.

[2]) vgl. auch Jur. Wochenschrift 1894 S. 173 (Urt. v. 12. III. 94).

[3]) vgl. Struckmann-Koch Note 8 zu § 11 E.-G. z. G. V. G. mit der dort citierten Literatur.

Eine vermittelnde Stellung nimmt Hauck[1]) ein, der zwar zugibt, daß das Wort „besteht“ sich auch auf zukünftige Zeiten bezieht, es jedoch als mindestens höchst zweifelhaft bezeichnet, ob in der Aufrechterhaltung bestehender Zustände auch die Anerkennung nachträglicher Veränderungen zu sehen ist. Die meisten Schriftsteller[2]) jedoch bejahen die Frage, indem sie an die Worte „unberührt bleiben“ des § 11 Abs. 2 E.-G. z. G. V. G. anknüpfen und sich darauf berufen, daß diese Redewendung in der Reichsjustizgesetzgebung durchgängig (vgl. z. B. § 15 E.-G. z. C. P. O.) sich auch auf die zukünftig zu erlassenden Vorschriften bezieht. Diese Erwägungen sind (vgl. oben § 12, I) ausschlaggebend. Es ist nicht anzunehmen, daß die Reichsjustizgesetze die gleichen Redewendungen bald in diesem, bald in jenem Sinne gebrauchen, und man darf daher nicht ohne Not für einzelne Fälle einen abweichenden Willen des Gesetzes vermuten. Danach bezieht sich also das Wort „besteht“ auf die jeweilige Rechtslage, nicht lediglich auf die am 1. X. 1879 begründete, und das Reichsgericht kann gegebenen Falles durch landesrechtliche Anordnung seiner Zuständigkeit verlustig gehen.

§ 35. **Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz.**

In der Zeit zwischen der Verkündung und dem Inkrafttreten des G. V. G. erließen die beiden Großherzogtümer Mecklenburg zwei fast gleichlautende Verordnungen „zur Ausführung von § 11 E.-G. z. G. V. G.“ vom 5. Mai 1879[3]), durch welche landesgesetzliche Vorschriften des in § 11 Abs. 2 E.-G. z. G. V. G. genannten Inhaltes für Mecklenburg neu geschaffen wurden[4])[5]).

---

[1]) S. 229 (Struckmann-Koch zählen Hauck irrtümlich zu denen, die ihrer Ansicht sind). Auch Glaser Bd. 1 S. 298 wendet § 11 Abs. 2 nur auf bereits bestehende Verhältnisse an.

[2]) v. Amsberg Verordn. zur Ausf. d. Reichsjustizges. f. d. Großherzogt. Mecklenburg-Schwerin 1879 S. 203; Hauser S. 32 f.; Laband Staatsrecht § 97, III, 2; Loewe-Hellweg Note 7 zu § 11 E.-G. z. G. V. G.: Wach Bd. 1 S. 202 u. v. Wilmowski-Levy Anm. 5 zu § 11. Ebenso bei den Gesetzesberatungen der bayr. Justizminister Dr. v. Fäustle gegen Miquél (vgl. Hahn Materialien zu den Reichsjustizgesetzen S. 1634).

[3]) Reg.-Bl. f. Meckl.-Schwerin S. 101 ff., Offiz. Anzeiger f. Mecklenb.-Strelitz S. 137 ff.

[4]) Eine ausführliche Darstellung der Frage, inwieweit nach bisherigem Rechte in Mecklenburg besondere Voraussetzungen für die gerichtliche Ver-

I. Danach ist die Vorentscheidung zulässig sowohl bei civil- wie auch bei strafrechtlicher Verfolgung eines Beamten, wenn die Verfolgung wegen in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des Amtes vorgenommener Handlungen eingeleitet ist. (Grundsätzliche Erklärungen hierzu siehe oben S. 189 f.).

II. Die Vorentscheidung ist nicht unbedingt erforderlich, sondern kann nur dann gefällt werden, wenn (ebenso wie in Preußen, Baden und Elsaß-Lothringen) eine besondere Behörde die Sache vom Gericht abruft und die Vorentscheidung gemäß § 11 E.-G. z. G. V. G. verlangt[1]). Berechtigt, das Verlangen zu stellen, ist das Staats-Ministerium (in Strelitz die Landesregierung), welchem, damit es sich schlüssig machen kann, gemäß § 1 der Verordnungen vom 5. V. 1879 von jeder hier in Betracht kommenden Klage gegen öffentliche Beamte Abschrift zu erteilen ist.

III. Was den Zeitpunkt der Möglichkeit, das Verlangen auf Vorentscheidung zu stellen, anlangt, so dürfte bezüglich des frühesten Zeitpunktes auf das oben S. 99 ff. Gesagte zu verweisen sein. Den spätesten Zeitpunkt gibt § 7 der Verordnungen an: nach rechtskräftiger Feststellung der Schuld durch gerichtliches Urteil kann die Vorentscheidung nicht mehr verlangt werden. Rechtskräftig ist aber ein der Anfechtung unterliegendes Urteil dann, wenn entweder auf Einlegung des Rechtsmittels verzichtet oder dasselbe zurückgenommen oder wenn die Rechtsmittelfrist zur Einlegung des Rechtsmittels nicht benutzt worden ist. Im Gegensatz also zu Baden (oben § 32. II am Ende) kann die Vorentscheidung auch noch nach Verkündung des gerichtlichen Urteiles verlangt werden, ausgenommen allerdings bei Fällung der

---

folgung von Beamten galten, findet sich bei v. Amsberg, Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze. Schwerin 1879 S. 195—199.

[5]) Die Verordnungen sind unten im „Anhange" abgedruckt.

[1]) Dies übersah der Vertreter des Ministeriums des Innern, wenn er in dem in der Mecklenb. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 23 ff. mitgeteilten Falle — das Ministerium des Inneren war auf Schadensersatz wegen Überschreitung amtlicher Befugnisse verklagt — die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend machte, trotzdem das Staatsministerium ausdrücklich auf Erwirkung der Vorentscheidung verzichtet hatte.

kontradiktorischen und der auf Einspruch ergehenden zweiten Versäumnisurteile der Landgerichte in der Berufungsinstanz, der Urteile der Oberlandesgerichte in nicht revisionsfähigen Sachen und des Reichsgerichtes, die schon mit der Verkündung rechtskräftig werden.

IV. Als „öffentliche Beamte" im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G., bezüglich deren die Vorentscheidung zulässig ist, sind nicht nur die in § 6 der mecklenburgischen Verordnung ausdrücklich hervorgehobenen landesherrlichen Beamten, wie Geistliche, Küster, Gendarmen u. s. w., anzusprechen, sondern auch ständische Beamte, wenn sie staatliche Hoheitsrechte ausgeübt haben[1]). Ausgeschlossen ist dagegen (vgl. ähnlich Baden S. 189) die Vorentscheidung, wenn es sich um Civilklagen gegen Mitglieder der Grundbuch- und Hypothekenbuch-Behörden bei Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe der Hypothekenordnungen sowie gegen die mit Verwaltung der Obervormundschaft betrauten Beamten handelt (§ 8 der Verordnung). Ob die Beamten ständig oder nur vorübergehend angestellt sind, macht in keinem Falle einen Unterschied.

V. Ist das Verlangen auf Vorentscheidung nach dem Vorgesagten zutreffend gestellt, so hat das ordentliche Gericht das Verfahren auszusetzen, bis die Vorentscheidung erfolgt ist. Jedoch können einstweilige Verfügungen u. Untersuchungshandlungen dringlicher Natur in der Zwischenzeit vorgenommen werden (§ 4 Verordn.). Darauf gehen die Akten mit dem Ersuchen um Vorentscheidung an das Reichsgericht, nachdem vorher noch dem Kläger gemäß § 5 der Verordnungen Gelegenheit gegeben worden ist, sich über den Gegenstand der Vorentscheidung zu erklären.

VI. Für das Verfahren bei der Vorentscheidung und für die Wirkung derselben, für den Umfang der Prüfungspflicht und für die Kosten der Vorentscheidung ist nichts Besonderes zu bemerken (vgl. oben S. 203 ff.).

---

[1]) vgl. v. Amsberg S. 205 ff. und Büsing Das Staatsrecht der Großh. Meckl.-Schwerin u. Meckl.-Strelitz (in Marquardsen's Handbuch d. öff. Rechts) 1884 S. 63. Bei v. Buchka Landesprivatrecht d. Großh. Meckl.-Schw. u. Meckl.-Strelitz (Ergänzbd. zu Dernburg, Das Bürgerl. Recht) Halle 1905 findet sich nichts über die ganze Frage.

VII. Zu der mit Rücksicht auf das Wort „besteht" in § 11 Abs. 2 Ziff. 2 E.-G. z. G. V. G. entstandenen Streitfrage, ob das Reichsgericht zur Vorentscheidung zuständig bleiben soll, auch wenn in den Staaten, in welchen jetzt seine Zuständigkeit begründet ist, später ein oberster Verwaltungsgerichtshof geschaffen wird, hat der § 3 der Verordnung in dem Sinne Stellung genommen, daß das Reichsgericht nur subsidiär zur Erlassung der Vorentscheidung berufen ist d. h. nur zuständig sein soll, „solange ein oberster Verwaltungsgerichtshof für Mecklenburg nicht besteht". Es soll also der jeweilige Rechtszustand maßgebend sein, nicht lediglich die am 1. X. 1879 begründete Rechtslage (vgl. dazu das oben S. 205 f. Gesagte).

§ 36. **Elsass-Lothringen.**

I. Vor dem Jahre 1870 galt in Elsaß-Lothringen ebenso wie in den übrigen Teilen Frankreichs die Bestimmung des Art. 75 der Constitution vom 23. frimaire VIII. (vgl. oben S. 22). Mit Ausnahme der Minister durften also die „agens du Gouvernement" [1]) wegen der auf ihr Amt bezüglichen Handlungen nur auf Grund einer vorgängigen, genehmigenden Entscheidung des Staatsrates verfolgt werden d. h. die Verfolgbarkeit der agens du Gouvernement hing von dem freien Willen des Staatsrats ab.

In Frankreich ist Art. 75 zweifellos durch das décret du gouvernement de la défense nationale vom 19. Sept. 1870 (oben S. 27) aufgehoben worden [2]). Fraglich ist jedoch, ob dieses Dekret auf Elsaß-Lothringen denselben Einfluß ausgeübt und auch dort die Bestimmungen des Art. 75 beseitigt hat. Nach der herrschenden Ansicht [3]) ist diese Frage zu verneinen, weil das Dekret in Elsaß-Lothringen, ausgenommen nur einige wenige Orte, keine verbindliche Kraft mehr zu erlangen vermocht hat. Dies hängt damit zusammen, daß im deutsch-französischen Kriege 1870/71 die Gesetzgebungsbefugnis Frankreichs in Elsaß-Lothringen nicht infolge eines einheitlichen Rechtsaktes erlosch, sondern daß

[1]) Über den Begriff vgl. oben S. 23 ff. u. O. Mayer Theorie des franz. Verwaltungsr. S. 99.

[2]) vgl. Althoff-Foertsch II, S. 155 Anm. 1 zu Art. 75 und Glaser Hdb. des Strafprozesses. Leipzig 1885 Bd. 2 S. 197 Anm. 7.

[3]) vgl. z. B. Meyer-Anschütz § 183 Anm. 12.

nach und nach die französischen Gesetze immer mehr, je weiter die deutschen Heere vorrückten, die Möglichkeit verloren, Geltung zu erlangen. Denn in denjenigen Gebieten, die dem Machtbereich des französischen Staates entzogen waren, konnten gesetzgeberische Willensakte nicht mehr zur Geltung gelangen oder sie wurden suspendiert, trotzdem die Gebiete noch rechtlich Teile Frankreichs waren. Da nun schon um die Mitte des August 1870 fast das ganze jetzige Reichsland Elsaß-Lothringen (mit Ausnahme der Festungen und des südlichen Teiles von Ober-Elsaß und Ende November mit Ausnahme der Festung Bitsch) dem Machtbereich der französischen Staatsgewalt entzogen war, so konnte das Dekret vom 19. IX. 1870 nur in einem kleinen Teile des Landes rechtliche Wirksamkeit erlangen, während dies in den Hauptteilen ausgeschlossen war [1]).

Artikel 75 blieb daher im größten Teil von Elsaß-Lothringen richtiger Ansicht nach in Kraft. Es muß allerdings hinzugefügt werden, daß er eine kurze Zeit lang wirkungslos war, denn die zur Vorentscheidung berufene Behörde, der Staatsrat, war ja ebenfalls durch das Vordringen des deutschen Heeres in seiner Tätigkeit suspendiert, sodaß damals eine Vorentscheidung in Elsaß-Lothringen nicht hätte getroffen werden können. Dagegen lebte Art. 75 wieder für das Land auf, als durch § 9 des Gesetzes „betr. die Einrichtung der Verwaltung“ vom 30. XII. 1871 [2]), das die Verwaltungsverhältnisse in Elsaß-Lothringen neu ordnete, die dem Staatsrat früher zustehenden Verwaltungsfunktionen dem Oberpräsidenten übertragen wurden, der nun kraft Gesetzes über die Verfolgung sämtlicher elsaß-lothringischer Beamten zu befinden hatte [3]).

---

[1]) vgl. Förtsch S. 469 ff.; Hauser Bd. 5 S. 9: Laband Staatsrecht d. dtsch. Reiches Bd. 2 § 62, I: Leoni Das öffentliche Recht, Teil 1 §§ 1 und 5: Löning Verwaltung des General-Gouvernements im Elsaß. Straßburg 1874, S. 26 ff. und Entsch. d. R. G. in Strafs. v. 26. IX. 1887 in Bd. 16 der Entsch. S. 197 ff. Hamburger, Die staatsrechtlichen Besonderheiten der Stellung des Reichslandes Elsaß-Lothringen, 1901, S. 11 zeigt die in der rechtlichen Auffassung bestehende Unklarheit.

[2]) Gesetzbl. f. Elsaß-Lothr. 1872 S. 49.

[3]) vgl. Foertsch S. 469 ff.: Leoni in Marquardsen's Hdbch. Bd. 2 S. 252 und Meyer-Anschütz § 183 Anm. 12.

Diese Auslegung des § 9 des Verwaltungsgesetzes ist jedoch nicht unbestritten geblieben. Miquél als Berichterstatter im Reichstag war vielmehr der Ansicht, daß die Entscheidung des Staatsrats im Falle des Art. 75 nicht zu den bloßen Verwaltungsfunktionen desselben — nur diese seien ja auf den Oberpräsidenten übergegangen — gehöre, sondern er habe bei Abgabe der Vorentscheidung entweder nach Analogie des preußischen K. G. H. oder aber in der Eigenschaft eines Verwaltungsgerichtshofes gehandelt, Darum sei nicht anzunehmen, daß die Befugnisse auf den Oberpräsidenten übergegangen seien. Da aber außer dem letzteren keine andere Behörde an Stelle des Staatsrates getreten ist, so nahm Miquél an, daß überhaupt die Bestimmung des Art. 75 weggefallen sei und daß irgend welche Beschränkung der civil- und strafrechtlichen Verfolgung von Beamten in Elsaß-Lothringen nicht mehr bestehe. Diese Ansicht fand jedoch nur geringe Zustimmung. Vielmehr wurde von anderer Seite (v. Puttkamer und v. Amsberg) behaupet, Art. 75 sei in Elsaß-Lothringen noch weiter geltendes Recht. Man konnte sich dabei auf die Ansicht Batbie's, eines der besten Kenner des französischen Verwaltungsrechts, stützen, der darauf hinwies, daß der Staatsrat in Frankreich die „décision“ in seiner administrativen Sektion, nicht in der section du contentieux, wie Miquél annimmt, getroffen hatte. Fiel aber die décision in den Bereich der administration pure, so ist sie auch auf den Oberpräsidenten übergegangen. Somit läßt sich die Ansicht von Miquél nicht halten [1]).

II. Durch Gesetz vom 23. Dezember 1873 „betr. die Einführung des Reichsbeamtengesetzes in Elsaß-Lothringen“ [2]) wurde nun Folgendes bestimmt:

„Das anliegende Reichsgesetz vom 21. III. 1873 . . . wird in Elsaß-Lothringen eingeführt.

Dasselbe findet auf die Rechtsverhältnisse der elsaß-lothringischen Landesbeamten, welche ein Diensteinkommen aus der Landeskasse beziehen, sowie der Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Schulen Anwendung . . . .).“

Damit wurden also auch die Bestimmungen des § 13 des Reichsbeamtengesetzes auf Elsaß-Lothringen und elsaß-lothringische

[1]) vgl. Hahn S. 1447, 1458 u. 1463; Hauser Bd. 5 S. 9.

[2]) Gesetzblatt f. Els.-Lothr. 1873 S. 479.

Landesbeamte für anwendbar erklärt. Die Folge davon war, daß dieselben Zweifel, die § 13 für das Reich hervorgerufen hatte, auch in Elsaß-Lothringen auftauchten [1]). Die Zweifel sind jedoch ebenso wie im Reiche zu entscheiden (vgl. oben S. 173 f.). Insbesondere ist hervorzuheben, daß die durch § 13 herbeigeführte Änderung sowohl die strafrechtliche wie die civilrechtliche Verantwortlichkeit betrifft und daß ferner § 13 sowohl die materielle Verantwortlichkeit des Beamten für die Gesetzmäßigkeit seiner Amtshandlungen ausspricht als auch die landesgesetzlich bestehenden formalen Beschränkungen der Verfolgbarkeit eines Beamten aufhebt [2]). Unbedenklich haben daher die Bestimmungen des Art. 75 der Constitution vom 22. frimaire VIII durch die Ausdehnung des Reichsbeamtengesetzes auf Elsaß-Lothringen dort ihre Geltung verloren.

Da aber § 13 für die elsaß-lothringischen Landesbeamten nur kraft der Landesgesetzgebung Geltung erlangt hat [3]), so mußten erneute Zweifel entstehen, als ein späteres Landesgesetz, das elsaß-lothringische Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 4. XI. 1878 [4]) (§ 11), bestimmte, daß die in § 11 Abs. 2 E.-G. z. G. V. G. bezeichnete Vorentscheidung nur dann erforderlich sein solle, wenn die vorgesetzte Behörde dies verlange. Manche meinen nun, da in dem Gesetz von 1878 die Vorentscheidung als gegeben vorausgesetzt werde, so könne man einen entgegengesetzten Standpunkt nicht einnehmen und müsse ebenfalls mit dem Bestehen der Vorentscheidnng rechnen [5]). Hiergegen nimmt jedoch das Reichsgericht mit zutreffenden Ausführungen Stellung, indem es argumentiert, daß zwar 1878 bei den gesetzgebenden Faktoren die Meinung bestanden habe, Art. 75 gelte noch ungeachtet der Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Dezember 1873 in Elsaß-Lothringen weiter, daß aber diese Meinung als verfügende Norm in das neue Gesetz

[1]) vgl. Althoff-Foertsch zu Art. 75; Hauser Bd 5 S. 9; Laband Bd 1 S. 424 ff. u. 441; Leoni in Marquardsen's Handbuch Bd. 2 S. 252 u. Erk. R. G. Civils. Bd. 5 S. 48.

[2]) vgl. Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 32 S. 322 ff. Ebenso Loewe-Hellweg Anm. 4a zu § 11 E.-G. z. G. V. G. u. Jur. Wochenschr. 1900 S. 122.

[3]) vgl. Jur. Zeitschr. f. Els.-Lothr. Bd. 25 S. 406; Kisch S. 349 und Michaelis S. 179.

[4]) Ges.-Bl. f. Els.-Lothr. 1878 S. 65.

[5]) vgl. Hauser S. 137 Anm. 14; Leoni Öffentl. Recht Bd. 1 S. 10.

hätte aufgenommen werden müssen, wenn sie das ältere Gesetz ändern sollte[1]). Danach brachte das Gesetz von 1878 keine Änderung in dem bestehenden Rechte, sodaß also von der Ausdehnung des Reichsbeamtengesetzes auf Elsaß-Lothringen an eine Beschränkung in der gerichtlichen Verfolgung von elsaß-lothringischen Landesbeamten nicht stattfand und auch beim Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze die Möglichkeit, eine Vorentscheidung im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. einzuholen, bei Klagen gegen elsaß-lothringische Landesbeamte nicht gegeben war[2]).

Dieser Zustand dauerte bis zum Inkrafttreten des B. G. B. fort, denn erst durch § 39 des Gesetzes „betr. die Ausführung des B. G. B." vom 17. April 1899[3]), welches mit dem B. G. B. am 1. Januar 1900 in Kraft trat, machte die elsaß-lothringische Landesgesetzgebung von dem ihr zufolge der Vorschrift des § 11 Abs. 2 E.-G. z. G. V. G. zustehenden Rechte Gebrauch, durch eine neue Vorschrift die Verfolgung der Beamten mit den durch § 11 Abs. 2 getroffenen Modifikationen an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde zu binden[4]). § 39 bestimmte nämlich:

„Wird ein Beamter wegen einer Handlung, die er in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommen hat, civilrechtlich oder strafrechtlich verfolgt, so ist die vorgesetzte Behörde befugt, die im § 11 Abs. 2 des E.-G. z. G. V. G. vom 27. Januar 1877 (R.-G.-Bl. S. 77) bezeichnete Vorentscheidung zu verlangen."

III. Zulässig ist danach die Vorentscheidung (ebenso wie in Preußen, Baden, Hessen und Mecklenburg) sowohl bei civil- als auch bei strafrechtlicher Inanspruchnahme eines Beamten.

IV. Die Vorentscheidung ist nicht unbedingt erforderlich (wie in Bayern und Hessen), sondern kann erst dann gefällt werden, wenn eine andere Behörde in das Verfahren eingreift und die Fällung der Vorentscheidung verlangt. Das Recht, dieses

---

[1]) Beschl. d. R. G. v. 2. XI. 1899 in den Entsch. d. R. G. in Strafs. Bd. 32 S. 322 (abgedruckt auch in der Jur. Ztschr. f. Els.-Lothr. Bd. 25 S. 406).

[2]) And. Mein. Freund 2. Abschn. 2. Kap. § 6.

[3]) Ges.-Bl. f. Els.-Lothr. 1899 S. 43.

[4]) Beschl. d. R. G. v. 1. VII. 1902 (abgedruckt in der Jur. Zeitschrift für Els.-Lothr. Bd. 28 S. 211 und in den Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 52 S. 107).

Verlangen zu stellen, steht der dem Beamten jeweils vorgesetzten Behörde zu. Während also in Preußen nur Provinzial- und Centralbehörden, in Baden (oben S. 188) nur Centralbehörden in das Verfahren eingreifen dürfen, steht dies Recht in Elsaß-Lothringen z. B. schon der Polizeibehörde zu. Ob dies zweckentsprechend ist, darf begründeten Zweifeln unterliegen. Man wird annehmen müssen, daß untergeordnete Instanzen nur nach Einverständnis, wenigstens mit der Bezirksbehörde, tätig werden.

V. Bezüglich der Person der in Frage kommenden Beamten ist hervorzuheben, daß jetzt die Vorentscheidung für Beamte schlechthin verlangt werden kann, nicht mehr, wie Art. 75 der Consularkonstitution verlangte, lediglich für agens du Gouvernement d. h. in der Hauptsache Verwaltungsbeamte. Damit ist aber gleichzeitig gesagt, daß § 39 auch für richterliche und sonstige Justizbeamte wie Notare, Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber gilt (im Gegensatz zu Preußen, oben § 14), ferner für mittelbare und auch für nur vorübergehend angestellte Beamte; dagegen gilt § 39 nicht für die nur im Dienste einer öffentlichen Anstalt stehenden Beamten sowie für die Geistlichen[1]).

VI. Für das Verfahren bei der Vorentscheidung und für die Wirkung derselben, für den Umfang der Prüfungspflicht und für die Kosten der Vorentscheidung darf auf die Ausführungen oben S. 203 ff. verwiesen werden.

---

4. Kapitel.

Die übrigen Staaten.

§ 37.

I. Von den übrigen deutschen Staaten bedarf in erster Linie Württemberg der Erwähnung. Dort war die Frage, ob eine Vorentscheidung bei Überschreitung der Amtsbefugnisse zu verlangen sei, niemals gesetzlich geregelt worden, wie denn dort überhaupt allgemeine gesetzliche Bestimmungen über die Kompetenz der

[1]) vgl. auch Molitor Ges. betr. Ausführung des B. G. B. in Els-Lothr. Straßburg 1898 u. 1900 S. 67 f.

Gerichte im Verhältnis zu den Verwaltungsbehörden fehlten[1]. Es ist erklärlich, daß die Rechtslage der angrenzenden Staaten (Bayern und Baden), in denen der Rechtsweg gegen den Beamten nicht unbeschränkt zulässig war, für Württemberg wenigstens eine Anregung war, die Frage auch für das württembergische Recht zu erwägen. Es dauerte nicht lange, so war man in Württemberg im Zweifel darüber, ob nicht auch hier für die gerichtliche Verfolgung der vorgängige Ausspruch der vorgesetzten Dienstbehörde erfordert werden müsse, und es fanden sich auch Stimmen, die für ein solches Erfordernis eintraten. Die herrschende Meinung jedoch erklärte sich gegen dasselbe[2] und lehnte jede Beschränkungsmöglichkeit der Verfolgung ab. Trotzdem aber hielt man mit Rücksicht auf das Strittige der Frage eine gesetzliche Regelung für erforderlich, und zwar nur für Civilklagen; denn für Strafklagen wurde allerdings dem Strafrichter das Erkenntnis über das Vorhandensein von Dienstpflichtverletzungen allgemein zugestanden. Man stellte darum, um jeden Zweifel zu vermeiden[3], in Art. 2 Ziff. 3 des Entwurfes für das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. XII. 1876 die Bestimmung ein, daß alle Entschädigungsklagen gegen öffentliche Beamte wegen Amtspflichtsverletzungen vor die ordentlichen Gerichte gehören sollten. Das Plenum der Abgeordnetenkammer lehnte jedoch die Aufnahme jener Bestimmung nach lebhaften Debatten ab; sie sei nicht nötig, denn man habe in Württemberg niemals von der Präjudizialentscheidung

[1]) vgl. Berner-Schäfer Verfahren in bürg. Streitsachen vor den Württemb. Gerichten. Stuttgart 1858 S. 54 und Gaupp C. P. O. für das dtsche Reich Freiburg i./B. u. Tübingen 1879 Bd. 1 S. 8 f.

[2]) vgl. die Reden der Abg. Struckmann und Schmid (Hahn, Materialien S. 1456 u. 1464) anläßlich der Beratung des § 11 E.-G. z. G. V. G. Ferner Gaupp Die auf den Civilprozeß bezügl. Normen des württemb. Landesrechts, Freiburg i./B. u. Leipzig 1893 S. 13); Göz Staatsrecht des Kgr. Württemberg, in Marquardsen's Handb. Freiburg i./B. u. Tübingen 1904 S. 153; Gessler Württembergische Landesgesetze u. Verordnungen (Anhang zu Gaupp-Stein's C. P. O.) Tübingen u. Leipzig 1902 S. 218; Loening Verwaltungsrecht S. 126; Nadbyl S. 821; v. Sarwey Öff. Recht u. Verwaltungsrechtspflege § 18; v. Sarwey Staatsrecht des Kgr. Württemberg. Tübingen 1883 Bd. 2 § 118 und Streich Württemb. Beamtengesetz. Stuttgart 1876 S. 14 f.

[3]) vgl. Hohl Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. Stuttgart 1877 S. 40.

einer Administrativbehörde gehört[1]). Die Kammer der Standesherren trat dem Beschluß der Abgeordnetenkammer bei, nachdem sie den Entwurf zunächst angenommen hatte, darauf die Sache nochmals an die 2. Kammer zurückgegangen war, diese jedoch bei ihrer ablehnenden Haltung verblieben war. Mit Rücksicht hierauf darf man jetzt behaupten, daß in Württemberg eine Beschränkung der Verfolgung der Beamten im Sinne des § 11 E.-G. z. G. V. G. nicht besteht: dies umsomehr, als auch das württembergische A.-G. z. B. G. B. vom 28. VII. 1899[2]) in Art. 202 lediglich davon spricht, daß bei civilrechtlicher Verfolgung des Beamten wegen Amtsüberschreitung an Stelle des Beamten der Staat die Verantwortlichkeit übernimmt.

II.[3]) Der einzige von den größeren deutschen Staaten, in dem nach Landesgesetz eine Vorentscheidung niemals erforderlich gewesen und auch hierüber niemals Zweifel geherrscht haben, ist das Königreich Sachsen[4])[5]). Dort ist also § 11 E.-G. z. G. V. G. niemals von Einfluß gewesen.

Dasselbe ist von allen übrigen deutschen Monarchien sowie von den Hansestädten[6]) zu sagen.

§ 38. Schlussbetrachtung.

I. Ein buntes Bild gesetzgeberischer Tätigkeit hat sich vor unseren Augen entfaltet. Mit den verschiedensten Nuancen hat

[1]) vgl. Abg. Struckmann bei Beratung des § 11 E.-G. z. G. V. G. (Hahn Materialien S. 1456) und Hohl S. 88—94.

[2]) Reg.-Bl. f. d. Kgr. Württemb. 1899 S. 423 ff.

[3]) Das Folgende nach einer an die zuständigen Behörden der in Frage kommenden Staaten gerichteten Rundfrage, die von allen — außer von Sachsen-Weimar-Eisenach — in entgegenkommender Weise beantwortet wurde.

[4]) Die gegenteilige Angabe von Kleinfeller Lehrb. d. Civilprozeßr. S. 59 ist irrig.

[5]) vgl. Fricker Grundriß des Staatsrechts d. Kgr. Sachsen. Leipzig 1891 S. 174; Grengel-Glaser Sächsische Landesgesetze und Verordnungen (Anhang zu Gaupp-Stein's Kommentar zur C. P. O.) 2. Auflage. Tübingen 1906 S. 285; Loening Verw. Recht S. 126; v. d. Mosel Handwörterbuch des Kgl. Sächs. Verwalt.-Rechts 9. Aufl. Leipzig 1901 S. 77 u. 630; Nadbyl S. 821; Opitz Das Staatsrecht des Kgr. Sachsen. Leipzig 1884 Bd. I S. 253 ff. und v. Sarwey Öffentl. Recht und Verwaltungsrechtspflege § 18.

[6]) Nadbyl gibt (ohne gesetzlichen Belag) irrig an (v. Stengel's Wörterbuch S. 826), für Hamburg treffe das Reichsgericht die Vorentscheidung.

die Gesetzgebung der 7 hier in Betracht kommenden deutschen Staatsgebiete die gesetzlichen Bestimmungen ausgestattet, die alle demselben Ziele zustreben. So kennen Preußen, Baden, Hessen, Mecklenburg und Elsaß-Lothringen die Vorentscheidung bei civil- und bei strafrechtlicher, Bayern dagegen nur bei civilrechtlicher Inanspruchnahme des Beamten. Bayern und Hessen erfordern die Vorentscheidung unbedingt, die übrigen Staaten nur dann, wenn eine Behörde das Verlangen stellt, und zwar kann dies in Preußen die vorgesetzte Provinzial- oder Centralbehörde sein, in Baden das vorgesetzte Ministerium, in Mecklenburg das Staatsministerium und in Elsaß-Lothringen überhaupt die vorgesetzte Behörde. Auch bezüglich der in Frage kommenden Beamtengruppen herrschen Verschiedenheiten. Wir nennen nur die richterlichen Beamten; bezüglich dieser findet in Preußen und Bayern die Vorentscheidung nicht statt, während Hessen und Elsaß-Lothringen diese Ausnahme nicht machen und Baden und Mecklenburg dieselbe nur für die civilrechtliche Inanspruchnahme, und zwar Mecklenburg wieder nur bezüglich bestimmter richterlicher Beamten, kennen. Insoweit ist das Gesetz klar.

Nicht immer stießen wir jedoch bei unserer Untersuchung auf befriedigende Resultate. Wir fanden zunächst für Preußen:

1. Die Sondervorschriften für die Personen des Soldatenstandes sind veraltet und bedürfen durchaus der Neuregelung (vgl. § 28).

2. Der Doppelstellung, die dem Kriegsminister durch die Reichsverfassung zuteil geworden ist, ist nicht Rechnung getragen worden. Die Folge davon ist, daß auf ihn im Gegensatz zu den anderen Ministern die Bestimmungen über den Konflikt nur in ganz beschränktem Umfange Anwendung finden (vgl. §§ 27 u. 28).

3. Es ist erstrebenswert, daß durch Gesetz ausgesprochen werde, wie die Verteilung der Parteirollen vor dem Oberverwaltungsgericht zu denken ist. Das Fehlen einer derartigen gesetzlichen Vorschrift zwang uns (oben § 21) zu einer längeren Untersuchung dieser Frage, ohne daß die Lösung, die wir fanden, nach jeder Richtung befriedigen könnte.

Für alle Staaten, die durch § 11 E.-G. z. G. V. G. betroffen werden, machen sich folgende Übelstände bemerkbar:

4. § 11 läßt es im Unklaren, wie weit die Prüfungspflicht des obersten Verwaltungsgerichtshofes zu gehen hat bezw. zu be-

schränken ist (oben S. 134 ff.). Dem könnte schon dadurch abgeholfen werden, daß in § 11 Abs. 2 Ziff. 1 etwa als klärendes Wort eingeschoben wird: „ob der Beamte sich objektiv einer Überschreitung . . . . . . schuldig gemacht hat.“

5. Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, ob der Konflikt auch erhoben bezw. Antrag auf Vorentscheidung gestellt werden kann, wenn das Rechtsverfahren vor dem Reichsgericht schwebt. In Preußen ist für den Kompetenzkonflikt in diesem Falle Vorkehrung getroffen worden (vgl. S. 93 f.), den Konflikt hat man übergangen. Auch hier würden wenige Worte genügen, um Unzuträglichkeiten aus dem Wege zu gehen, indem dem § 11 Abs. 2 folgende Ziffer 3 hinzugefügt würde: „daß jedoch eine Vorentscheidung nicht zulässig ist, wenn das Verfahren beim Reichsgericht anhängig ist.“

II. Wenn wir oben S. 41 ausführlich darstellten, welchen vielfachen Angriffen das alte preußische Konfliktsgesetz begegnete, so müssen wir in gleicher Weise einen kritischen Blick auf Konflikt und Vorentscheidung in ihrer jetzigen Gestalt werfen. Die beiden Hauptmängel des Konfliktes in seiner alten Gestalt, die darin bestanden, daß die Vorentscheidung sich damit beschäftigte, ob die Überschreitung der Amtsbefugnisse zur gerichtlichen Verfolgung geeignet sei, und daß dem Verfahren bei der Vorentscheidung die Öffentlichkeit mangelte, finden wir jetzt beseitigt. Durch § 11 E.-G. z. G. V. G. haben Konflikt und Vorentscheidung nunmehr eine derartige Form erhalten, daß ein Verdacht, die Justiz solle im Interesse der Beamten ausgeschaltet werden, nicht mehr berechtigt ist, denn an die Stelle einer Genehmigung ist jetzt die Entscheidung einer Rechtsfrage getreten. Auch sind durch §§ 114 und 113 Abs. 5 L. V. G. auf das Verfahren bei der Vorentscheidung die Vorschriften über das Verwaltungsstreitverfahren, welches der Abgeordnete Lasker mit der ganzen Verwaltungsrechtspflege einst anläßlich der Beratung der Kreisordnung[1]) als Emancipation des selbständigen Bürgers von jeder Regulierung von oben her sympatisch begrüßt hatte, zur Anwendung gebracht worden.

Danach läßt sich also an der Umgrenzung der Vorentscheidung nichts mehr aussetzen. Wir halten aber auch das Erfordernis

[1]) vgl. Stenogr. Berichte d. Abg.-Hauses 1872/73 Bd. 1 S. 34 f.

einer Vorentscheidung überhaupt bei Beamtendelikten für innerlich begründet. Vielfach wird ja das ganze Institut für entbehrlich gehalten [1]) bezw. als unnötige Erschwerung der Verfolgung angesehen, sodaß „eine ziemlich erhebliche Entschlossenheit dazu gehört, eine Klage gegen einen Beamten durchzuführen [2]).“ Und es mag auch zugegeben werden, daß die Staatsbürger, die sich die Beamten, welche sie angehen müssen, nicht aussuchen können, einen Anspruch darauf haben, daß die Beamten von den ihnen anvertrauten Befugnissen nur den sorgfältigsten Gebrauch machen und daß jede Überschreitung der Befugnisse daher streng bestraft werde. Aber es unterliegt doch keinem Zweifel, daß es auf der anderen Seite für einen gewissenhaften Beamten eine Beruhigung sein muß und daß er freudiger seine Pflicht erfüllen wird, wenn er die Gewißheit hat, daß der Staat für ihn eintreten wird, sobald er aus willkürlichen Gründen und unberechtigter Weise in Anspruch genommen wird. Das gilt auch für Strafsachen: wenn hier auch dadurch, daß eine objektive Staatsanwaltschaft einschreitet, Gewißheit gegeben ist, daß der Beamte nicht grundlos unter Anklage gestellt werden wird, sondern daß das Verfahren eingestellt werden wird, wenn sich die Unschuld des Beamten ergibt, so hat der Einstellungsbeschluß nur interne Wirkung, während die Erhebung des Konfliktes nach außen hin bekundet, daß die Vorgesetzten selbst den Beamten nicht für schuldig ansehen und bereit sind, ihn vor böswilliger Denunziation zu schützen. Für solche Fälle böswilligen Vorgehens ist eben der Konflikt und damit die Vorentscheidung bestimmt: hier soll die Autorität des Staates eingreifen und den Arm schützend über den Beamten strecken. In solchen Fällen soll allerdings ein gewisser Mut und eine reifliche Überlegung dazu gehören, den Beamten zu verklagen.

Endlich spricht noch für die Zulässigkeit der Konfliktserhebung, daß das Prinzip der uneingeschränkten Verantwortlichkeit für die Folgen seiner Handlungsweise beim Beamten notwendiger Weise dadurch eingeschränkt werden muß, daß ihn oft sein Amt zwingt,

---

[1]) vgl. z. B. Miquél in den Sten. Ber. des Reichstages, 35. Sitzung v. 20. XII. 1876 S. 925 ff. u. v. Neubronn in den Annalen der Großh. Bad. Gerichte 60. Jahrg. S. 364.

[2]) vgl. Biermann Privatrecht u. Polizei in Preußen. 1897 S. 201.

tätig zu werden, und daß dadurch die Gefahr, die Amtsbefugnisse zu überschreiten, viel näher gerückt wird. Demgegenüber ist die Privatperson keinem fremden Willen unterworfen, vielmehr in ihrer Entschließung vollkommen frei. Von diesem Standpunkt aus könnte man sogar fordern, daß ein ähnlicher Schutz wie teilweise den Landesbeamten, auch den Reichsbeamten zuteil werde.

Anhang

I.

Preussisches Gesetz betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen vom 13. Februar 1854 (Ges.-Samml. S. 86)[1].

§ 1.

Wenn gegen einen Civil- oder Militärbeamten wegen einer in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlung oder wegen Unterlassung einer Amtshandlung eine gerichtliche Verfolgung im Wege des Civil- oder Strafprozesses eingeleitet worden ist, so steht der vorgesetzten Provinzial- oder Centralbehörde des Beamten, falls sie glaubt, daß demselben eine [zur gerichtlichen Verfolgung geeignete] Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung nicht zur Last fällt, die Befugnis zu, den Konflikt zu erheben.

Auf einen solchen Konflikt finden die Vorschriften des Gesetzes vom 8. April 1847 (G.-S. S. 170) Anwendung.

§ 2.

Erachtet der Gerichtshof [zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte] vor Fällung seines Urteiles noch tatsächliche Ermittelungen für erforderlich, so ist er befugt, solche durch die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden zu veranlassen, insbesondere die Fortsetzung der gerichtlichen Instruktion oder Untersuchung bis zu einem zu bestimmenden Ziele anzuordnen.

[Über das Ergebnis dieser Ermittelungen sind vor Fällung des Urteiles die in der Sache beteiligten Privatparteien zu hören. Denselben ist zu diesem Zwecke zu eröffnen, daß ihnen freistehe, sich über die Verhandlungen, deren Einsicht ihnen bei dem Gerichte, bei welchem die Verfolgung eingeleitet ist, gestattet werde, binnen einer Präklusivfrist von 4 Wochen zu erklären. Im übrigen kommen auch hierbei die Bestimmungen der §§ 5 ff. des Gesetzes vom 8. April 1847 zur Anwendung.]

§ 3.

Befindet der Gerichtshof (§ 2), daß dem Beamten eine [zur gerichtlichen Verfolgung geeignete] Überschreitung seiner Amtsbefugnisse

[1]) Veraltete Bestimmungen sind eckig ([ ]) eingeklammert.

oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung nicht zur Last fällt, so entscheidet er, daß der Rechtsweg gegen den Beamten unzulässig sei, im entgegengesetzten Falle aber, daß derselbe zulässig sei. — Ein Urteil der letzteren Art präjudiziert weder dem Beamten in seiner weiteren Verteidigung vor dem Gerichte, noch dem Gerichte in seiner rechtlichen Entscheidung der Sache.

§ 4.

Vorstehende Bestimmungen sind auch anwendbar, wenn eine gerichtliche Verfolgung wegen Amtshandlungen (§ 1) gegen einen aus dem Dienste bereits ausgeschiedenen Beamten oder gegen die Erben eines Beamten anhängig wird.

§ 5.

Unter den Beamten (§ 1) sind auch diejenigen, welche in mittelbarem Staatsdienste stehen, inbegriffen.

§ 6.

Das gegenwärtige Gesetz findet auch Anwendung, wenn Personen des Soldatenstandes wegen Handlungen, welche von ihnen bei Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihrer Dienstverrichtungen vorgenommen sind, oder wegen Unterlassung ihrer Dienstverrichtungen bei anderen als Militärgerichten belangt werden. — In diesen Fällen steht dem vorgesetzten Divisionskommandeur oder kommandierenden General die Befugnis zu, den Konflikt zu erheben. Die Verrichtungen des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte werden durch das Militär-Justizdepartement ausgeübt, welches unter Mitwirkung dreier höherer Offiziere, die von dem König jedesmal auf 3 Jahre bezeichnet werden, zu entscheiden hat. Die Beschlußnahme erfolgt auf den schriftlichen Vortrag zweier rechtsverständiger Referenten, deren einer vom Justizminister, der andere vom Kriegsminister ernannt wird.

§ 7.

Ausgeschlossen von dem gegenwärtigen Gesetze bleiben die Fälle, in denen die gerichtliche Verfolgung eingeleitet ist:

1. gegen richterliche Beamte,

2. gegen andere Justizbeamte, mit Ausnahme der Beamten der Staatsanwaltschaft und der gerichtlichen Polizei,

3. gegen die im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln angestellten Hypothekenbewahrer[1]) [und Civilstandsbeamten].

II.

Preussisches Gesetz über das Verfahren bei Kompetenzkonflikten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden vom 8. April 1847 (Ges.-Samml. S. 170).

[§ 1.]

§ 2.

In rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen kann

[1]) Vgl. Ges. v. 18. Juli 1896 (G.-S. S. 165).

der [Kompetenz-]Konflikt nicht mehr erhoben werden; ebensowenig findet derselbe noch statt, wenn in einem Prozesse, bei welchem eine Verwaltungsbehörde als Partei beteiligt ist, die von derselben aufgestellte Präjudizialeinrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges rechtskräftig verworfen worden ist.

§ 3.

Zur Erhebung des [Kompetenz-]Konfliktes sind nur die Zentral- und die Provinzial-Verwaltungsbehörden befugt. Hält eine untere Verwaltungsbehörde in einer zu ihrer Kenntnis kommenden Rechtssache die Erhebung des [Kompetenz-]Konfliktes für erforderlich, so hat sie hiervon der vorgesetzten Dienstbehörde sofort Anzeige su machen.

§ 4.

Die Erhebung des [Kompetenz-]Konfliktes erfolgt durch Übersendung eines darüber abzufassenden motivierten Beschlusses der Verwaltungsbehörde an das Gericht mit der Erklärung: »daß der [Kompetenz-]Konflikt erhoben werde« und mit dem Antrage: »das Rechtsverfahren bis zur Entscheidung über denselben einzustellen.«

Besteht die Provinzialbehörde, welche den Konflikt erheben will, aus mehreren Abteilungen, so muß der Beschluß vom Plenum derselben gefaßt werden.

§ 5.

Sobald der Konflikt auf diese Weise (§ 4) erhoben ist, stellt das Gericht das Rechtsverfahren durch einen Bescheid, gegen welchen kein Rechtsmittel zulässig ist, einstweilen ein, und fertigt diesen Bescheid, nebst einer Abschrift des Beschlusses der Verwaltungsbehörde, den bei der Sache beteiligten Privatparteien mit dem Eröffnen zu, daß ihnen freistehe, sich binnen einer Praklusivfrist von 4 Wochen über den [Kompetenz-]Konflikt schriftlich zu erklären. Eine solche Erklärung muß von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein und nebst einer Abschrift derselben eingereicht werden.

§ 6.

Nach dem Eingang der Erklärungen der Parteien läßt das Gericht die Abschriften derselben der Verwaltungsbehörde (§ 4) zustellen und reicht sodann die Akten mit seinem Gutachten dem Justizminister ein.

Ist binnen der 4 wöchentlichen Frist (§ 5) keine Erklärung eingegangen, so hat das Gericht hiervon die Verwaltungsbehörde zu benachrichtigen und erst alsdann die Akten an den Justizminister zu befördern.

§ 7.

Ist die Sache bei einem [Untergerichte][1]) anhängig, so erstattet dasselbe den gutachtlichen Bericht (§ 6) an das vorgesetzte [Landes-Justizkollegium][2]), welches ihn, unter Beifügung seines Gutachtens, dem Justizminister überreicht.

---

[1]) **Amts- oder Landgericht.**

[2]) **Oberlandesgericht.**

§ 8.

(Sonderbestimmungen für den Bezirk des früheren Appellationsgerichtshofes zu Cöln).

§ 9.

Die Provinzial-Verwaltungsbehörde ist verpflichtet, sobald sie von dem Gerichte entweder die Erklärungen der Parteien oder die Benachrichtigung empfangen hat, daß dergleichen Erklärungen nicht eingegangen sind (§ 6), unter Überreichung der Akten, an den beteiligten Verwaltungschef gutachtlich zu berichten.

§ 10.

Der Justizminister sendet die ihm eingereichten gerichtlichen Akten (§§ 6 u. 8.) nebst seinen Bemerkungen über den Konflikt, wenn er solche beizufügen für nötig erachtet, an [den im § 1 genannten Gerichtshof][1]), und setzt davon den beteiligten Verwaltungschef, unter Mitteilung jener Bemerkungen, in Kenntnis.

§ 11.

Erachtet der Verwaltungschef den von der Provinzialbehörde erhobenen [Kompetenz-]Konflikt für nicht begründet, so hat er davon [den Gerichtshof (§ 1])[2]) mit der Erklärung, daß der Antrag auf Einstellung des Rechtsverfahrens zurückgenommen werde, zu benachrichtigen. [Der Gerichtshof][3]) sendet alsdann die Akten dem Justizminister zurück, und dieser veranlaßt den Fortgang des Rechtsverfahrens.

§ 12.

Hält dagegen der Verwaltungschef den [Komp.-]Konfl. für begründet, so steht ihm frei, dem Gerichtshofe auch seine Bemerkungen zu übersenden; er hat dieselben aber dann auch dem Justizminister mitzuteilen.

§ 13.

[Die bei dem Gerichtshofe eingegangenen gerichtlichen Akten (§ 10) werden dem Referenten zugestellt, sobald entweder eine Erklärung des beteiligten Verwaltungschefs eingegangen oder eine 8 wöchentliche Frist seit dem Tage verflossen ist, an welchem der Verwaltungsbehörde die zuletzt eingegangene Erklärung der Parteien, oder das Benachrichtigungsschreiben des Gerichtes, daß keine solche Erklärungen eingegangen sind (§ 6), zugestellt worden ist.][4]).

[§ 14][5]).

[§ 15][6]).

§ 16.

[Der Justizminister, sowie jeder der beteiligten Verwaltungschefs ist befugt, zu den Beratungen des Gerichtshofes einen Rath seines Departements abzuordnen, welcher nötigenfalls über die Sache nähere Auskunft zu geben hat, an der Entscheidung aber nicht Teil nimmt][7]).

---

[1]) bis [3]) Das Oberverwaltungsgericht.
[4]) bis [6]) Ersetzt durch §§ 114 u. 113 Abs. 5 L. V. G.
[7]) Ersetzt durch §§ 114 u. 74 L. V. G.

§ 17.

Das Erkenntnis des Gerichtshofes ist [mit den Entscheidungsgründen unter der Unterschrift des Vorsitzenden auszufertigen und][1] dem Justizminister sowie dem Verwaltungschef zur Mitteilung an das Gericht und die Verwaltungsbehörde zuzustellen. Das Gericht hat den Parteien das Erkenntnis bekannt zu machen. Die Veröffentlichung solcher Erkenntnisse bleibt dem Ermessen des Justizministers sowie der Verwaltungschefs überlassen.

§ 18.

Ist die Entscheidung (§ 17) gegen die Zulassung des Rechtsweges ausgefallen, so hat das Gericht das Rechtsverfahren aufzuheben, die gerichtlichen Kosten niederzuschlagen und die etwa schon bezahlten zu erstatten. Zur Erstattung außergerichtlicher Kosten ist in einem solchen Falle keine der Parteien verpflichtet.

§ 19.

Durch Erhebung des [Kompetenz-]Konfliktes wird der Lauf der Präklusivfristen im Prozesse gehemmt, auch ist die Exekution bis zur Entscheidung über den [Kompetenz-]Konflikt unzulässig.

[§ 20.]

[§ 21.]

[§ 22.]

§ 23.

Alle diesem Gesetze entgegenstehenden Vorschriften werden hiermit aufgehoben.

III.

Badisches Gesetz „den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betreffend“ vom 24. Februar 1880 (Gesetzes- nnd Verordnungsblatt f. d. Grosshtm. Baden 1880 S. 29.)

Art. 9.

Absatz 1 vgl. oben S. 187.

Absatz 2: Eine Vorentscheidung ist nicht zulässig mit Bezug auf civilrechtliche Klagen:

1. gegen Richter, einschließlich der Bürgermeister, bezw. ihrer Stellvertreter, soweit denselben richterliche Funktionen in bürgerlichen Rechtssachen übertragen sind;

2. gegen Gerichtsnotare, Notare, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher;

3. gegen die Mitglieder der Grund- und Pfandbuchbehörden, einschließlich der in § 9 des Gesetzes vom 24. Juni 1874 über die

[1]) Jetzt maßgebend §§ 114 und 81 L. V. G. sowie Regulativ für das O. V. G. vom 22. II. 1892 (Min. Bl. f. d. ges. inn. Verw. S. 133).

Führung der Grund- und Pfandbücher in einigen Städten erwähnten Personen;

4. gegen die Standesbeamten.

Art. 10.

Nach Einkunft des Antrags auf Vorentscheidung werden die Akten durch das Gericht unter Benachrichtigung der Beteiligten dem Verwaltungsgerichtshofe eingesendet.

Erachtet der V. G. H. vor Fällung seiner Vorentscheidung noch tatsächliche Ermittelungen für erforderlich, so kann er dieselben durch die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden veranlassen.

Im Übrigen findet das in Artikel 8 dieses Gesetzes bezeichnete Verfahren auch hier Anwendung.

Art. 11.

Die Vorentscheidung des V. G. H. hat sich auf die Feststellung zu beschränken, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat oder ob dies nicht der Fall ist.

Eine Vorentscheidung der letzten Art ist für das Gericht, welches in der Sache zu entscheiden hat, verbindlich.

Eine Vorentscheidung der ersten Art steht weder dem Beamten in seiner weiteren Verteidigung vor dem Gerichte, noch dem Gerichte bei seiner rechtlichen Entscheidung der Sache im Wege; sie hat die Folge, daß die dem Gegner des Beamten durch das Verfahren vor dem V. G. H. erwachsenen notwendigen Kosten aus der Staatskasse ersetzt werden.

Art. 12.

Über die Verpflichtung, die Kosten des Vorentscheidungsverfahrens vor dem V. G. H. zu tragen, entscheidet dieser Gerichtshof. Stempelgebühren werden in solchen Fällen nicht berechnet und Sporteln nicht angesetzt.

Art. 13.

Die Bestimmungen über die Vorentscheidung des V. G. H. sind auch anwendbar, wenn eine gerichtliche Verfolgung wegen Amtshandlungen gegen einen aus dem Dienste bereits ausgeschiedenen Beamten oder gegen die Erben eines Beamten anhängig wird.

Unter den Beamten sind auch diejenigen, welche in mittelbarem Staatsdienste stehen, einbegriffen.

IV.

Mecklenburgisch-Schwerinsche und Mecklenburgisch-Strelitzsche Verordnung „zur Ausführung von § 11 des E.-G. z. G. V. G.“ vom 5. Mai 1879 (Regierungs-Blatt f. d. Gsshtm. Meckl.-Schwerin S. 101 und Grossh. Meckl.-Strelitzscher Offizieller Anzeiger f. Gesetzg. u. Staatsverw. S. 137.).

§ 1.

Civilklagen, Privatklagen und öffentliche Klagen, welche gegen öffentliche Beamte wegen der in Ausübung oder in Veranlassung

der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen erhoben werden, sind von den Gerichten in Abschrift Unserem Staatsministerium [Strelitz: Unserer Landesregierung] mitzuteilen.

§ 2.

Auf Verlangen Unseres Staatsministeriums [Strelitz: Unserer Landesregierung] ist durch eine Vorentscheidung festzustellen, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.

§ 3.

Die Vorentscheidung erfolgt, so lange ein oberster V. G. H. für Unsere Lande nicht besteht, durch das Reichsgericht.

§ 4.

Wird die Vorentscheidung verlangt, so ist das Verfahren bis dahin auszusetzen, daß dieselbe erfolgt ist.

Durch die Aussetzung wird die Anordnung einstweiliger Verfügungen oder die Vornahme dringlicher Untersuchungshandlungen nicht ausgeschlossen.

§ 5.

Die Prozeßakten sind an das Reichsgericht mit dem Ersuchen um Abgabe der Vorentscheidung | einzusenden. In Civilsachen und in Privatklagesachen ist vor Einsendung der Akten der Kläger aufzufordern, sich binnen einer Frist von einer Woche über den Gegenstand der verlangten Vorentscheidung zu erklären. Diese Erklärung kann in Privatklagesachen auch zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

§ 6.

Zu den öffentlichen Beamten im Sinne der gegenwärtigen Verordnung gehören auch:

1. die Geistlichen und die Küster;
2. die von den Ortsobrigkeiten (Gutsbesitzern [Schwerin außerdem: Landesklöstern], Städten) zur Ausübung obrigkeitlicher Rechte angestellten Beamten, sowie die von den Ortsobrigkeiten an den öffentlichen Schulen angestellten Lehrer;
3. die von den Ortsobrigkeiten zum Forst- und Feldschutz bestellten, auf ihre Funktionen beeidigten Personen;
4. die Gensdarmen.

§ 7.

Ist im Prozesse durch rechtskräftiges Urteil festgestellt, daß der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe, bevor die Vorentscheidung verlangt worden ist, so bleibt das Urteil maßgebend.

§ 8.

Bei Civilklagen, durch welche

1. gegen die Mitglieder der Hypothekenbehörden, bezw. der Grundbuch- und Hypothekenbuchbehörden Ansprüche auf Schadensersatz nach Maßgabe der Bestimmungen der Hypothekenordnungen, bezw. der Grundbuch- und Hypthekenordnungen,

oder

2. gegen die mit der Verwaltung der Obervormundschaft betrauten Beamten Ansprüche auf Schadensersatz wegen Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse oder wegen Unterlassung ihnen obliegender Amtshandlungen

verfolgt werden, darf eine Vorentscheidung nicht verlangt werden.

§ 9.

Über das Verfahren, in welchem die Vorentscheidung herbeizuführen ist, werden Wir, wenn erforderlich, weitere Bestimmungen durch Unser Staats-Ministerium [Strelitz: Unsere Landes-Regierung] erlassen.

§ 10.

Die gegenwärtige Verordnung tritt mit dem G.V.G. in Kraft.

Verzeichnis der hauptsächlich benutzten Literatur[1]

Althoff-Förtsch, Sammlung der in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze. Straßburg 1881.

Anonymus, Über die Befugnisse der ordentlichen Gerichte zur straf- und civilrechtlichen Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen nach preußischem Recht. Berlin 1868.

Bartels, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Berlin 1907.

Beling, Strafprozeßrecht (in Bd. 2 von v. Holtzendorff-Kohler's Encyklopädie). Leipzig—Berlin 1904.

Block-Maguéro, Dictionnaire de l'administration française. Paris—Nancy 1905.

Bornhak, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechtes. Berlin 1886.

Dareste, La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration. Paris 1862.

Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. Berlin 1892.

Förtsch, Die gerichtliche Verfolgung der Verwaltungsbeamten in Elsaß-Lothringen. (Bd. 10 der „Zeitschrift für französisches Civilrecht".) Mannheim und Straßburg 1879.

Hagens, Walter, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich und der Conseil d'Etat. (Archiv für öffentl. Recht Bd. 17). Tübingen u. Leipzig 1902.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1879.

Hartmann, Das Verfahren bei Kompetenz-Konflikten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden in Preußen. Berlin 1860.

Hauck, Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Nördlingen 1879.

Hauser, Die deutsche Gerichtsverfassung (Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Band 4 und 5). Nördlingen 1874, 1875, 1877, 1881.

Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht. Tübingen 1907.

---

[1]) Eine Ergänzung hierzu bietet § 1 der Abhandlung. Weniger häufig benutzte Schriften sowie die Literatur der Einzelstaaten findet sich in den Anmerkungen des Textes.

Leoni, Das Staatsrecht der Reichslande Elsaß-Lothringen (Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechtes in Monographien, Bd. 2). Freiburg i. B. und Tübingen 1883.

Leoni, Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen. Freiburg i. B. 1892.

v. Marck, Der Militärstrafprozeß in Deutschland und seine Reform. Berlin 1895.

Michaelis, Die elsaß-lothringischen Landesgesetze und Verordnungen (Anhang zu Gaupp-Stein). 2. Aufl. Freiburg i. B. und Leipzig 1904.

Müller, Justizverwaltung. Berlin 1901.

Prazak, Die prinzipielle Abgrenzung der Competenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. (Archiv für öffentliches Recht, Band 4). Freiburg i. B. 1889.

Rintelen, Der Civilprozeß. Berlin 1891.

v. Rönne, Ergänzungen der preußischen Rechtsbücher. 4. Ausgabe. Berlin 1860.

v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 3. Auflage. Leipzig 1871 und 5. Auflage (von Zorn bearbeitet). Leipzig 1899 u. 1906. (Die 3. Auflage ist gemeint, wenn lediglich „v. Rönne" citiert.)

Rondonneau, Collection générale des lois, décrets, arrêtés, senatusconsultes, avis du Conseil d'État et réglements d'administration. Paris 1818.

Sarwey, Über Administrativjustiz nach württembergischem Rechte (Bd. 15 des Württ. Archiv für Recht und Rechtsverwaltung). Tübingen 1872.

v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

Stölzel, Adolf, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung. Berlin 1888.

Stölzel, Otto, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen 1901.

Thudichum, Das Reichsbeamtenrecht (Annalen des deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik). München u. Leipzig 1876.

Sachregister

(Große Zahlen bedeuten die Seiten, kleine Zahlen die Anmerkungen)

(K. = Konflikt)

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei in Breslau


Princeton University Library
32101 065401927

